

Copyright © 2014 By Editora Noeses
Editor-chefe: Paulo de Barros Carvalho
Coordenação editorial: Alessandra Arruda
Revisão: Semíramis Oliveira
Capa: Ney Faustini
Produção editorial/arte: Denise Dearth

CIP - BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

F4131 Ferraz Junior, Tercio Sampaio.
O Direito, entre o futuro e o passado / Tercio Sampaio Ferraz Junior.
- São Paulo : Noeses, 2014.
Inclui bibliografia. 202 p.
1. Direito. 2. Direito Tributário. I. Título.

CDU 340

2014

Todos os direitos reservados



Editora Noeses Ltda.
Tel/fax: 55 11 3666 6055
www.editoranoeses.com.br

Uma conclusão devedora, no entanto, e possivelmente inacabada.

Outro dia soube que meus netos, um de 4 e outro de quase 6 anos na velha cronologia, entraram numa disputa feroz por- que um não queria que o outro *entrasse no seu mundo*. Não se tratava de uma fantasia adulta, de um mundo próprio de cada um, mas de uma cena propiciada por dois computadores, nas mãos de cada um. Lidava-se com a *virtualidade* do “espaço” e do “tempo”.

No mundo virtual, é difícil conceber o tempo como um antes e um depois. A abertura da bolsa em Tóquio não é um *antes* pela aplicação feita em Nova York. Embora em Nova York seja, em outra contagem, um *depois*. No mundo digital, o tempo não é medida nem parece ser medido. O que, sem dúvida, vem afetando o modo como o direito positivo lida com o tempo: como se contaria o prazo de um negócio firmado em Tóquio e São Paulo por via digital? E como qualificar o espaço em que um “documento” (virtual) é autenticado? Perguntas que nos levam inexoravelmente a discutir o futuro (cronológico) que entra pelo presente (cronológico) e parece apagar (virtualmen- te) as nossas “realidades” jurídicas.

II

DIREITO E REALIDADE: A erosão do real jurídico pelo mundo virtual²³

*Every thing has become so intricate that for its mastery an exceptional degree of understanding is required. For it is not enough any longer to be able to play the game well; but the question is again and again: what sort of game is to be played now anyway?*²⁴

A reflexão a que me proponho toma por núcleo de abordagem o direito subjetivo, em especial, o direito subjetivo referente à chamada *propriedade imaterial*. Sem ater-me às distinções dogmáticas entre direito de autor, direito de

23. Esse texto, em alemão, foi apresentado na sessão inaugural do Congresso Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social da *Internationaler Verein für Rechts- und Sozialphilosophie* (IVR), realizado em Frankfurt am Main, Alemanha, em agosto de 2011.

24. WITTTGENSTEIN, Ludwig. *Culture and Value/Vermischte Bemerkungen*. Von Wright (Ed.). Oxford: Blackwell, 2006, MS 118 20r: 27.8.1937.

propriedade industrial, bem como entre as proteções normativas conferidas a objetos certamente diferentes, como marcas e patentes, desenhos industriais, nomes comerciais, obras artísticas, interessa-me em particular o fenômeno da autoria e o conjunto de institutos jurídicos que, na tradição ocidental, vieram a qualificar o *autor* como um sujeito de direito sobre sua produção intelectual também chamada de *imaterial*.

A caracterização do *direito do autor* constitui, para o propósito dessa reflexão, um centro de rico debate doutrinário. Novos casos e a diversidade de usos ou formas de exploração dos bens intelectuais exigem da doutrina e da jurisprudência uma constante interpretação das regras que lhes são aplicáveis. Mais do que isso, dada a qualidade das inovações quanto a regimes de exploração e novas formas de difusão através de novas tecnologias de mídia, demandam uma reflexão até mesmo acerca de sua *natureza*. Percebe-se que, nas discussões doutrinárias a favor de uma ou outra solução normativa para um caso hipotético, os debatedores partem de respostas discrepantes sobre questões centrais, como: *que é o direito de autor? qual o bem protegido? que é a obra intelectual? qual o propósito de sua proteção?*

A estrutura clássica do direito autoral o coloca como direito de propriedade, notadamente no que se refere à sua exploração econômica²⁵. É propriedade no sentido amplo que essa expressão adquire no texto constitucional (qualquer direito patrimonial, ou bem suscetível de valoração econômica). Nas palavras do civilista português José de Oliveira Ascensão, “(...) *há um específico sentido constitucional de propriedade; e esse sentido não coincide com o da propriedade, direito real máximo, que é regulado no Direito das Coisas*”²⁶. A propriedade,

referida, por exemplo, na Constituição brasileira (1988), não se restringe aos direitos reais; abrange também direitos relativos a coisas incorpóreas. E, em face dessa incorporeidade, entende-as como *bens móveis*.

A esse respeito, vale indicar que a Lei brasileira de Direito de Autor (Lei n. 9.610/98) estabelece que “*os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis*” (art. 3º).

Ora, é sabido que o crescente uso da computação e a consolidação da rede mundial de computadores alteraram de forma profunda as possibilidades de comunicação entre indivíduos e corporações privadas e públicas, com consequências para o direito subjetivo de propriedade do autor. Na verdade, essas alterações nas relações sociais geram a percepção de que o poder e a liberdade de criar bens intelectuais passam a depender das possibilidades de acesso e controle dessas novas tecnologias e das informações nelas veiculadas.

A partir dessa percepção, dois temas tornaram-se fundamentais nas chamadas *sociedades de informação*: de um lado, com relação à informação veiculada, a liberdade individual perante o controle de informações e a necessidade de universalização do acesso à nova informação, e, de outro, com relação ao veículo de informação, como promover e divulgar o conhecimento tecnológico. Ambos os temas, ligados à política informática, guardam estreita relação com o direito, tanto como causa de transformações na ordem jurídica, quanto como resultado dessas transformações. O tema da liberdade no espaço virtual da rede de comunicações²⁷ merece, pois, uma reflexão, o que acarreta imediatas repercussões na noção de direito subjetivo (direito do autor como seu direito subjetivo). De qualquer modo, a definição acerca da comunhão ou fechamento

25. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 10-11.

26. ASCENÇÃO, José de Oliveira. Princípios constitucionais do direito de autor. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, p. 434, jan./jun. 2005.

27. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A liberdade como autonomia recíproca de acesso à informação. In: GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 241 a 248.

do conhecimento informático ainda se faz por meio da definição de direitos subjetivos com relação a esse conhecimento ou o produto desse conhecimento, gerando, contudo, problemas práticos significativos.

Na verdade, como consequência dessas rápidas transformações na estrutura da sociedade e na própria percepção da sociedade dessas transformações, altera-se também a compreensão da ordem jurídica que a disciplina. Ou seja, até mesmo sem alterar a ordem jurídica, transformações sociais desse porte provocam, necessariamente, uma reinterpretação da ordem vigente. Essa reinterpretação pode ser local, relativa a uma norma específica, como o problema de se determinar se um contrato firmado pela internet deve ser considerado contrato *entre ausentes* ou *entre presentes*, ou pode ser global, relativa a *topoi* (lugares comuns) que organizam o sistema normativo, como a conceituação da noção de *liberdade* dentro do ambiente de comunicação informática.

Veja-se, por exemplo, o intenso debate sobre qual deveria ser o modelo ou a forma de exercício do direito subjetivo preponderante, adotado para o uso dos *softwares*. As críticas partem principalmente daqueles que desejam quebrar o modelo proprietário, que acentua o aspecto patrimonial do direito subjetivo.

A controvérsia resume-se, em síntese, no seguinte: como criação, o *software* é incorporado ao regime tradicional de propriedade intelectual e de direito autoral, o que permite ao autor amplo poder sobre sua criação, inclusive o de excluir os outros. Todavia, há nessa criação uma forma de conhecimento que se torna inacessível, ou com acesso muito custoso, quando for fechado o código fonte. Esse duplo caráter, de *criação* ou *produto intelectual*, com uma utilidade prática bem definida, de um lado, e de *conhecimento*, de outro, está na base da controvérsia.

A controvérsia enfrenta o uso da linguagem dogmática, tipicamente jurídica. Deparamo-nos aqui com o antigo conceito jurídico de “natureza das coisas”. A dificuldade está em atribuir ao *software* a natureza de *res*, tal como faz o senso comum jurídico. Tratá-lo como *conhecimento* ou como *produto* significa atribuir-lhe qualificações que ele comportaria como um substrato. Mas, ao ser equiparado, pela lei, à obra literária (Lei n. 9.609/98 – Lei de Acesso a Informações, art. 2º), a ideia de substrato se mostra imprópria.

Assim como a obra literária não existe sem uma escritora (ou uma fala memorizada), mas não se reduz a ela, também é difícil tratar o *software* como *res*.

1. Reflexão sobre a imaterialidade

A dificuldade em tratar o *software* como *res* ou mesmo como *coisa incorporável* ou ainda como *objeto imaterial* permite uma rápida incursão semântica. A palavra latina *materia* resulta da tentativa dos romanos de traduzir a *hylé* grega, que, originariamente, significava *madeira* (*wood, timber, lumber, Holz, Baulolz*)²⁸. O termo espanhol *madera* e o português *madeira* é uma reminiscência desse uso da palavra latina *materia*. Na verdade, tratava-se da madeira estocada nas oficinas dos carpinteiros. Nesse sentido, algo *amortó* (de *morphé*), à espera da forma que lhe seria dada pelo carpinteiro. A dualidade *forma/materia* lembra, assim, a expressão *Stoff*, do verbo alemão *stopfen*, ou *stuff*, do inglês *to stuff*, ou o português *estofa, estofar*, como um mundo que só se realiza ao tornar-se o preenchimento de algo (*estofado*). De onde o mundo material como aquilo que preenche as formas (*stuffing, estofamento*). A palavra correspondente em francês é *farce* (*recheio*, em alemão, *Füllsel, Füllung*, em inglês, *farcing*), de

28. HEIDEGGER. *Zollikoner Seminare: Protokolle – Zwiegespräche – Briefe*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1987 (II - 3. März. 1966).

onde a possibilidade de se entender o mundo material (*stofflich*, *stoffing*, “recheado”) como *farce* (*recheio*)²⁹.

Não pretendo adentrar as controvérsias filosóficas sobre o tema. Mas, em perigosa síntese, poder-se-ia dizer que foi esse sentido original do dualismo forma/matéria que se perdeu com o advento da moderna ciência experimental (experimento como observação controlada de matéria sensível: *res*). Ora, é esse mesmo dualismo que, no entanto, parece retornar sob o impacto da informática.

Explico.

Se o universo corpóreo conhecido (casas, móveis, cadeiras, mesas, cigarros, livros, imagens etc.) constituía até agora o meio ambiente de nossa existência (*Dasein*), orientar-se no mundo significava mover-se entre *coisas*, separando-as, isto é, classificando-as nas suas diferentes *formas* (corpóreas/incorpóreas, móveis/imóveis, sensíveis/intelectivas, materiais/imateriais etc.), projetando-as em espaços regulados: o meu, o teu, o nosso, o deles.

Ora, é justamente esse ambiente que foi alterado por essa *não coisa* (*no-thing*, *Unding*, *non-chose*) que hoje chamamos de *informação* (*information*). Pois as imagens eletrônicas na tela da televisão, os dados armazenados no computador, os hologramas e programas são tão *impalpáveis* que parecem escapar totalmente à possibilidade de agarrá-los (*capere*) com as mãos ainda que mediante *compreensão* (*conceptum/concipere*). A *informação* em sentido *informático* tem que ver com equívocos técnicos que permitem apresentar nas telas algoritmos (fórmulas matemáticas) em *forma* de imagens, imagens coloridas, imagens em movimento, até mesmo textos, textos-imagem (*e-books*), que não possuem matéria a ser *informada*. Ao contrário, trata-se de *formas* (códigos numéricos) que permitem

fazer aparecer outros mundos de *formas*, o que torna os críticos para distinguir o *falso* do *verdadeiro* e, por consequência, o *correto* (*direito*, *certo*) do *incorreto* (*torto*, *errado*), objeto de uma tarefa inteiramente nova. Isso porque, ao contrário do mundo tradicional em que o *imaterial* (a *forma*) permitia à *matéria* aparecer e sua *adequação* era tomada, vulgarmente, como um registro da verdade, agora lidamos com mundos apenas *virtuais*.

Para entender essa transformação, a força antropológica do *agarrar com as mãos* merece ser sublinhada. Assim, se a primeira “revolução industrial” da humanidade aconteceu com a invenção da ferramenta como extensão da mão (a pedra lascada, o cajado de madeira, a ponta da flecha), o mundo *ferramental* foi, durante milênios, um *artifício* dependente (função) do ser humano. O homem-ferramenta faz de si mesmo o que ele é: o carpinteiro não faz apenas mesas, mas, por sua atividade, se faz carpinteiro. Daí a necessidade da *ars* e da *techné*. E, para a estabilidade da atividade humana nessas condições, surgia a necessidade da cerca para a propriedade, de fronteiras territoriais para a cidade, das leis para o comportamento.

Na esfera política, o cidadão goza de um “privilegio” (no sentido social, não jurídico): ele é sujeito do *jus civile* e como tal participa do governo. Não há, propriamente, a necessidade de uma contraposição entre “direitos”. A ligação do ser humano ao seu instrumento é *direta*: veja-se, por exemplo, o conceito de aquisição da propriedade em Roma como *mancipatio*, *manus-capere*, agarrar com a mão. Daí que as controvérsias privadas entre cidadãos não têm, por fundamento, um “direito” (subjetivo) originário, mas uma *injuria* (num sentido sagrado: impureza). A *vindicatio* romana, por exemplo, não é, assim, uma *rei-vindicação* no sentido da propriedade moderna, mas um ato processual estamental (*actio*), isto é, uma questão em torno da pertinência à comunidade dos cidadãos (*civitas*) por força da

29. FLUSSER, Vilém. Form und material. In: *Vom Stande der Dinge*. Göttingen, 1997.

posse do solo (*fundus* significando, aproximadamente, membro da comunidade ou *comunitário*, cujo correspondente, em grego, é *kleros*)³⁰.

Já com a segunda revolução industrial (há pouco mais de duzentos anos), que surge com a invenção da máquina, altera-se o mundo ao alterar-se a relação homem/extensão, dando origem às fábricas. O mundo das fábricas é o mundo do homem-máquina, cuja existência depende da máquina como espécie de ferramenta projetada e construída a partir de uma teoria científica e que dá sentido à existência (*Dasein*): o homem não é mais o que ele faz, mas faz o que a máquina determina. Nessa medida ele é substituível, trabalha em turnos e para ser o que é se desloca de sua casa na direção de um artífício que o domina (a fábrica). A relação se inverte: o homem se torna função da máquina. Juridicamente, o meu e o teu, o nosso e o deles passam a ser organizados mediante espaços captados, concebidos abstratamente sob o título de *propriedade*: *direito de propriedade*. Ou seja, aos olhos do *homo faber*, a força do trabalho é apenas um meio de produzir um objeto de uso ou um objeto de troca. Nessa sociedade, na sociedade dominada pela ideia da troca, o direito passa a ser considerado como um bem que se produz (se *fabrica*). É a identificação do *jus* com a *lex*. O bem produzido por meio da edição de normas constitui então um objeto de uso, algo que se tem, um espaço que se protege, que se adquire, que pode ser cedido, enfim, que tem valor de troca. Donde um *espaço* próprio: o *direito subjetivo* como uma área, na qual o ser humano domina, independentemente de qualquer vontade alheia³¹.

Ora, a terceira, a atual revolução industrial, é a que implica a substituição das máquinas por aparelhos eletrônicos,

30. WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen, 1976, II. Halband, VII, § 2^a.

31. No original: "ein Gebiet, in welchem der Mensch unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat" (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen roemischen Rechts*. Berlin, 1840, v. 1, p. 7).

cada vez mais miniaturizados em unidades de convergência tecnológica. Com isso é alterada a topologia do mundo ambiente, pois os espaços da fabricação começam a perder importância. Em seu lugar aparece uma nova relação homem-mundo, ou seja, a relação homem-aparelho eletrônico, em que, de um lado, a relação de dependência é reversível: o homem carrega seu aparelho onde quer que esteja; de outro, ele só age conforme a capacidade do seu aparelho. Nessa reversibilidade, sua atividade depende da atividade do outro de uma forma diferente: nem mecânica nem orgânica, mas *em rede*. Nesse novo modo de ser, o *homem-aparelho* parece *conviver*, em termos clássicos, menos na fábrica como o lugar do *negotium* (*nec otium*, em grego *ascholé*) para existir numa espécie de escola (*scholé*, *otium*) para a aquisição de informações. O *homo faber* é substituído por um *homo ludens*. Ele não lida mais com coisas (*res*) nem age com as mãos (*manuscar*). A existência (*Dasein*) deixa de ser um *drama* (*actio*) e passa a ser um espetáculo (*show*). É surpreendente, nesse sentido, as horas que se "perdem" (*otium*, *scholé*) nessa conversação quase ininterrupta com *apps* de toda espécie.

Nesse novo mundo, a memória do computador é uma *não coisa* (*non-thing*, *Unding*, *non-chose*). Não é propriamente *imaterial*, porque não é propriamente *consumível*. Embora ela ainda exista enclausurada em coisas (*chips* de silício, raios *laser*), não é um objeto de uso³². Não está ao alcance da mão (*manipulável*, *manuseável*), embora esteja "acessável" (neologismo resultante do linguajar técnico "acessar"). O que precisa ainda ser "feito", isto é, *aprendido e produzido*, é efetuado automaticamente por *não coisas* (*non-things*, *Undinge*, *non-chose*), por *programas*.

Nesses termos, inaugura-se uma relação tecnicamente *sui generis*. Embora o *software* escrito em linguagem natural

32. FLUSSER, Vilém. *Dinge und undinge: phänomenologische Skizzen*. München/Wien, Carl Hanser Verlag, 1993.

(código fonte) e o *software* traduzido em linguagem de máquina (código objeto) sejam equivalentes com respeito ao processamento informático ao qual se dirigem, não são equivalentes no que se refere ao conteúdo informativo por eles expresso³³. Enquanto o programa em *código objeto* não expressa qualquer justificação das funções que os comandos exercem no programa, o programa em linguagem natural (código fonte) lhe confere acesso à justificação (*metaprograma*), na medida em que permite a compreensão de cada instrução e sua função no programa, que por sua vez leva o programador a compreender a função do programa como um todo (*metametaprograma*).

Como o acesso ao código fonte permite que o sujeito controle as razões que tornam o programa eficaz³⁴, abre-se a oportunidade para que ele seja desenvolvido de forma a adaptar-se a novas situações ou dirija-se à solução de novos problemas. Esse aspecto é relevante tendo em vista o caráter “refutável” da justificação, ou seja, novos dados ou novas exigências práticas podem tornar um conteúdo de informação não justificado³⁵. Determinado conhecimento eficaz pode mostrar-se inepto para explicar fenômenos ou para produzir resultados bem sucedidos em diferentes contextos de aplicação, de forma que o conhecimento não é um conjunto estático de informações, mas um processo dinâmico de revisão e aperfeiçoamento desses

33. SARTOR, Giovanni. Proprietà e comunione del sapere informatico. In: BERTANI, M. (Ed.). *Open source*. Milano: Giuffrè, p. 8.

34. Há, ainda, a engenharia reversa, que constitui um método para reconstruir indutivamente, a partir da linguagem de máquina, o programa em linguagem natural.

35. Cf. Juliano Maranhão (Defeasibility, contributory conditions and refinement of legal systems. In: Ferrer; Rati (org.). *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*. Oxford University Press, 2012). Ver, também, do mesmo autor, *Estudos sobre lógica e direito*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 161 e s. Essa fragilidade (*derrotabilidade*) pode ser tomada ainda como característica inerente ao conhecimento científico, tendo em vista sua sujeição à refutação no sentido de Karl Popper (*Conjecturas e refutações*. Coimbra: Almedina, 2003).

conteúdos (*dados informáticos*). Ou seja, a *produção industrial* converte-se em uma complexa *rede* que se serve de informações de (impropriamente falando) diversos *actores*.

Assim, há uma distinção qualitativa entre o acessar o programa somente em código objeto e o acesso que inclui seu código fonte. No primeiro caso tem-se o acesso ao *software* como simples *solução de informática*, no qual simplesmente se acessa, conforme as regras do programa, o conteúdo de informação. No segundo caso tem-se o acesso ao *software* como um *metaprograma* (*conhecimento informático*).

Nessa nova condição, o que está em discussão é o ser humano não mais como uma *persona* de ações concretas, mas sim como um [*pres*] *digitador* (*performer*, *Spieler*), que não *age*, mas *digita*. O que lhe resta das mãos são apenas os dedos. Em vez de *captar* (*agarrar*) e *conceber* (*compreender*), *olhar* (*assistir*) e *brincar/jogar* (*assistir a*).

Tenha-se, pois, em resumo, os elementos da condição informática:

- a) novo veículo: meio informático (aparelho eletrônico);
- b) nova forma de reprodução: digitalização;
- c) sistema de comunicação instantâneo e global;
- d) um ser humano “aparelhado” (*homen-aparelho*).

Segue daí a *descoisificação* das citações intelectuais/imateriais em termos informáticos: *bit* como suporte intangível (cf., no Brasil, o art. 7º da Lei n. 9.610/98).

Na verdade, a noção de *intangibilidade* é inadequada, pois construída a partir da percepção fisicamente nuclear da realidade. Propriamente, o *bit* não é a negação do tangível (*tangere* como *tocar com os dedos*). Por isso se fala de *não coisa* (*nec res*). O termo vulgarizado para expressar esse novo estado ou forma de ser é *virtual*. O *virtual*, nesse novo sentido, não é tangível nem intangível; nem tem referência à mera

possibilidade física mediante alguma habilidade; não *virtual* como produto de *virtus/virtude (potência)*, em potência, mas de *lúdico* conforme um *código* (o que “se faz aparecer” no computador).

Daí o problema de proteção dos conteúdos: não só as criações intelectuais, mas também a base de dados.

Veja-se, por exemplo, o conceito de reprodução. Antes se tratava da fixação em meio tangível (impressão), agora se trata do acesso eletrônico: o armazenamento em forma digital como equivalente à reprodução.

Isso coloca em cheque o armazenamento como fixação temporária, de natureza transitória ou incidental. É o caso, por exemplo, da reprodução para fins didáticos. Outro exemplo é o do acesso remoto como cópia (processamento eletrônico e uso em computador).

Nota-se, aí, a convergência de três elementos técnicos: digitalização, compressão, meios de transmissão virtual. Diante da virtualidade, mesmo quando se usam mecanismos artificiais de armazenamento, surge o problema do critério de seleção das informações a serem processadas: atua-se em grupos, de elementos humanos e artificiais, cujo resultado não pode ser atribuído a um único *auctor*.

Daí o problema enfrentado hoje pela teoria do direito: como lidar com o *direito subjetivo do autor* no mundo informático?

2. Perfil do direito de autor sobre o *software*³⁶

Princípio com o *software*, o qual pode ser objeto de normas que, permitindo ou proibindo o acesso ao código fonte,

O DIREITO, ENTRE O FUTURO E O PASSADO

podem definir seu caráter cognoscitivo ou meramente funcional. Dessa forma, o regime jurídico adotado define a natureza do uso do *software* e da relação do usuário com esse bem dito intelectual/imaterial.

Faço uso, inicialmente, do perfil jurídico atribuído pela legislação brasileira ao direito sobre o *software* bem como do perfil definido no *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIP/GATT 47 to the right to software*. No Brasil, como na *Berne Convention*, esse direito é tratado como direito de autor, sendo o *software* equiparado às obras literárias (Lei de Acesso a Informações – Lei n. 9.609/98, art. 2º). Tal enquadramento, como direito autoral (Lei brasileira de Direito Autoral – Lei n. 9.610/98) e não de propriedade industrial (Lei n. 9.279/96), traz uma importante consequência jurídica: o que se protege não é a *res* na qual se concretiza a criação, mas a própria criação, expressa em determinada forma (artística). É esse senso estético presente na obra e sua originalidade que justificam a proteção do autor por meio da atribuição de direitos relativos à obra³⁷. São esses direitos sobre as obras (e não as obras mesmas) considerados bens móveis (Lei n. 9.610/98, art. 3º).

Como expressão do intelecto, a obra reflete e tem uma ligação íntima com a personalidade do autor, daí a dimensão moral desse direito, protegido pelas garantias de: reivindicar a autoria da obra, ter seu nome anunciado, conservá-la inédita, opor-se a modificações ou atos que prejudiquem sua reputação, retirar de circulação a obra ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada (Lei n. 9.610/98, art. 24). Segundo a Lei de Direito Autoral, esses direitos são *indisponíveis* porque atinentes à própria personalidade do criador (fala a lei em inalienabilidade e irre-

36. Para o que segue, cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Juliano S. de A. Maranhão (Free software and non-exclusive individual rights. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 94, Heft 2, p. 237 e s., 2008). Também em Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Direito constitucional*, São Paulo: Manole, 2007, p. 260 e s.

37. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2001, p. 30-31.

nunciabilidade, art. 27). Com relação ao *software*, a Lei n. 9.610/98 derroga parcialmente os direitos morais de autor, restando apenas o direito de reivindicar a paternidade da obra e o de se opor a reproduções que ofendam a sua honra ou reputação (art. 2º, § 1º).

Por outro lado, há a proteção dos interesses patrimoniais que o autor possa ter com relação a sua criação. Dessa ordem, são as normas que atribuem ao autor o direito exclusivo de utilizá-la, dela fruir e dispor (Lei n. 9.610/98, art. 28). Pela sistemática legal, são conferidos *amplos poderes* ao autor para explorar economicamente sua obra e dispor de seus direitos exclusivos de uso, o que é incorporado pela legislação sobre *software*.

Com relação a esses direitos patrimoniais, o titular do direito autoral é o sujeito de normas de níveis distintos: (i) em *nível primário* (normas de ação) detém, com exclusividade, o direito de utilizar o programa, isto é, de executá-lo na máquina, copiá-lo, distribuí-lo e modificá-lo (permissão de uso); (ii) e, em *nível secundário* (normas de competência), detém o poder de alterar o seu regime de uso, conferindo a terceiros total ou parcialmente esses direitos³⁸.

Pela definição legal adotada no Brasil (Lei n. 9.609/98, art. 1º)³⁹, tais direitos recaem tanto sobre o código fonte quanto sobre o código objeto e independem do registro da obra

38. Para uma discussão da distinção entre normas de conduta e de competência presentes no direito subjetivo, ver Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, p. 164 e s. Para uma conceituação de normas primárias e secundárias tendo em vista a explicação do sistema normativo, ver Hart, *The concept of law*, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 79 e s.

39. Lei n. 9.609/98, art. 1º: programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados” (grifei).

(art. 2º, § 3º). Sendo exclusivo o direito de autor sobre o código fonte e sendo o programa em linguagem natural a chave para a justificação do programa, haveria aqui um direito exclusivo ao conhecimento ou à ideia subjacente ao *software*?

Nesse ponto, deve-se observar que os direitos (de uso exclusivo, cópia, modificação etc.) recaem sobre a criação intelectual, isto é, a forma de expressão, não sobre o conhecimento subjacente. Assim é que, no campo das obras científicas, “...a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico...” (Lei n. 9.610/98, art. 7º, § 3º). Não há direito patrimonial sobre o conhecimento envolvido na criação do *software*, uma vez que a ideia não é objeto de proteção como direito autoral (Lei n. 9.610/98, art. 8º, I)⁴⁰. Assim, embora nas obras literárias seja perfeitamente possível dar cumprimento à regra de proteção à forma de expressão e, ao mesmo tempo, permitir a propagação do conhecimento ou cultura, como bem não apropriável, no caso dos *softwares*, nos quais a linguagem é codificada para execução em máquina, a proteção autoral do código fonte encerra uma aparente contradição.

Por exemplo, um *software* pode resolver com sucesso o problema de se fazer com que um robô encontre a saída de uma sala usando mais de um sensor de recepção de informações sobre presença/ausência de obstáculos. Sem acesso ao código fonte, porém, pode restar privativo ao programador o conhecimento ou ideia de determinada lógica *paraconistente* (que processe de forma eficaz informações contraditórias) utilizada como sistema subjacente à programação. Esse conhecimento, pela Lei de Direito Autoral, não pode ser apropriado (sobre ele não há titularidade), mas a Lei do *Software* permite que ele se torne inacessível a terceiros.

40. De acordo com a *Berne Convention*, a “ideia” não está sujeita a uma proteção como “*copyright*”.

O aparente conflito se resolveria quando se observa que o conhecimento encerrado no *software* pode ser próprio, no sentido de que somente o titular tem acesso à justificação do programa, mas não proprietário, ou seja, não se pode comercializá-lo ou impedir legalmente que seja usado por terceiros. Mas a diferença, portanto, é de fato, não de direito. Se o conhecimento encerrado nas obras literárias é imediatamente divulgado e torna-se comum com sua exploração econômica, no caso do *software* esse conhecimento pode continuar próprio ao titular do direito autoral ainda que seu uso seja licenciado a terceiros (quando a licença permitir somente e execução do programa em código objeto).

Assim, a eventual extensão dos direitos conferidos pelo autor sobre seu programa a terceiros é relevante na determinação da função deles (direitos) como propagador do conhecimento informático ou como simples solução de informática. Esse poder do autor de modificar o regime jurídico do uso do *software* é exercido por meio do contrato de licença (Lei n. 9.609/98, art. 9º), pelo qual se conferem direitos relativos ao *software* a terceiros (normas de ação, como a permissão de usar, distribuir, modificar etc.).

Note-se que no contrato de licença o titular preserva a competência de alteração do regime jurídico sobre a obra, ou seja, ao contrário do que ocorre com a propriedade intelectual, na qual a *res* (como se *res* fosse coisa, *thing*), uma vez transferida, passa a integrar o patrimônio do adquirente, a obra licenciada continua sob a esfera de atuação do autor⁴¹. Há, porém, a possibilidade de cessão total ou parcial dos direitos patrimoniais, hipótese na qual o adquirente passa a ser o titular do direito de autor (pode usar, alterar o regime de uso e opor-se ao uso por terceiros), incorporando as suas prerrogativas, com exceção dos direitos morais (Lei n. 9.610/98, art. 49).

3. Regimes jurídicos de uso do *software*

As regras presentes nas leis de Direito Autoral e do *Software* não predeterminam qual o regime de uso do programa de computador, se proprietário ou livre, atribuindo, antes, ao titular do direito autoral amplos poderes de disposição sobre a obra, poderes esses que são compatíveis com ambos os regimes. Examinando, assim, algumas possibilidades de licença, relevantes para a presente apresentação.

A autorização para o uso do *software* pode abranger somente a execução do programa em código objeto, hipótese na qual o licenciado não desenvolve qualquer atividade cognoscitiva e apenas “consome” determinada solução de informática.

Pode abranger também o uso do código fonte e o direito de estudar a arquitetura do programa e adaptá-lo às necessidades do licenciado. Nesse caso, o licenciado adquire e tem interesse não só na utilização de determinada solução como também em determinado conhecimento informático. Trata-se, aqui, do chamado *software* de código aberto (*open source*): *software* livre. Lembramos que o direito subjetivo recai sobre o objeto da criação, expresso em linguagem natural, e que o acesso ao conhecimento é uma decorrência fática do exercício desse direito.

O regime jurídico na hipótese de *software* livre não se limita ao *open source*, incluindo, além do direito de executar o programa e estudar seu código fonte, o direito de reproduzir, modificar e redistribuir o programa. A essas permissões para terceiros, que consistem em normas primárias, agrega-se o chamado *copyleft*, ou seja, a obrigação de que quaisquer derivações desenvolvidas por terceiros sejam licenciadas com os mesmos direitos, ou o que é o mesmo, a proibição de que alterem, nas derivações, o regime aberto de uso da obra original. Assim, o *copyleft* consiste em revogação da competência de

41. BITTAR. Op. cit., p. 5.

terceiros acerca da disposição da obra derivada⁴². Atua essa proibição (ou revogação) no nível normativo secundário.

Essa possibilidade de revogação dos poderes e direitos exclusivos de uso do autor da obra derivada sobre a derivação não implicaria violação das prerrogativas do autor autorizado? Embora reconhecidamente seja o autor da obra derivada o titular do direito sobre a derivação, a própria derivação depende, segundo a Lei n. 9.610/98, art. 29, III, de autorização prévia e expressa da obra originária. Pelo argumento *a majoris ad minus*, se o autor originário pode proibir a derivação, pode condicionar o uso da derivação autorizada. O direito do autor, portanto, preserve ainda prerrogativas do autor original sobre a derivação.

Especificamente para o *software*, tendo em vista que não sobreviveu o direito moral de revogar usos já autorizados, essas condições para o uso da obra derivada devem estar presentes no momento da autorização. A Lei do *Software* é ainda mais clara sobre a possibilidade de condicionamento, ao estabelecer que “os direitos sobre as derivações autorizadas pelo titular dos direitos de programa de computador, inclusive sua exploração econômica, pertencerão à pessoa autorizada que as fizer, salvo estipulação contratual em contrário” (Lei n. 9.609/98, art. 5^o, *caput*). Assim, pode o contrato mediante acordo entre autor originário e autor da derivação “revogar” os direitos patrimoniais e a competência deste último para determinar o regime de uso da derivação. Por óbvio, permanecem com o autor da obra derivada os direitos morais de reivindicar a paternidade e opor-se a usos ofensivos de sua derivação.

Com o *copyright*, estabelecido como condição para a autorização de uso, as derivações eventualmente produzidas

42. Trata-se, por exemplo, de regime adotado pela licença GNU GPL (GNU General Public License), considerada pela *Free Software Foundation* (FSF) como prototípica para a definição de *software* livre. Para o presente trabalho consideraremos como livre o licenciamento que se enquadre na definição da FSF (cf. <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>).

passam a ser efetivamente comunitárias, no sentido de que a todos é autorizado o uso em todas as suas formas e a ninguém é dada a competência para alterar essa qualificação normativa. A hipótese do *software* livre é significativa porque se cria, assim, uma efetiva cadeia de criação e produção de conhecimento informático. Na verdade, nessa cadeia, somente o produtor originário detém competência para modificar o regime livre das derivações. As derivações por ele mesmo produzidas podem ser apropriadas, uma vez que, obviamente, não celebra licença e não se submete ao *copyright*. É possível, portanto, a criação de bifurcações na cadeia de produção comunitária, de forma que um mesmo *software* pode ser desenvolvido no regime livre e ter uma de suas derivações apropriadas pelo autor original, que será então distribuída no regime fechado⁴³.

Essa forma de exercício da competência de modificar o regime do *software* que torna seu uso *livre* volta-se para a disseminação do programa, bem como do conhecimento que lhe subjaz, no sentido de desenvolvimento de uma atividade cognoscitiva comunitária e recíproca. A solução de informática original é, assim, submetida a uma dinâmica de adaptações e derivações, de forma que o conhecimento subjacente é constantemente aperfeiçoado e esses aperfeiçoamentos não se tornam *próprios* a qualquer usuário, mas continuam compartilhados pela comunidade de programadores (em lugar do *negotium: nec otium*, conhecimento/escola, *scholé, otium*).

43. SEE BOYLE, James. *The second enclosure movement and the construction of the public domain*. Available at: <<http://www.law.duke.edu/journals/66LCPBoyle->>; RIFKIN, J. *The age of access: how the shift from ownership to access is transforming modern life*. London: Penguin, 2000; LESSIG, L. *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. New York: Penguin, 2004; BENKLER, Y. Coase's Penguin, or Linux and the nature of the firm. *The Yale Law Journal*, 2002. Available at: <<http://www.benkler.org/CoasesPenguin.PDF>>.

4. Exercício não exclusivo de direito subjetivo de autor

Assim, questão importante a enfrentar passa a consistir no caráter de renúncia ou não aos direitos exclusivos de autor, pelo licenciamento do *software* em regime livre. Pois a atividade cognoscitiva integrada desencadeada pela abertura do *software* originário pode ser vista como um modo de produção alternativo ao modelo de propriedade e mercado. Como mostra Yochoi Benkler, nesse modelo alternativo, que chama “*commons-based peer-production*”, em vez de a produção significar um custo a ser remunerado pela apropriação exclusiva dos benefícios, os custos de contratação de programadores e teste do programa são reduzidos a zero, havendo ainda suficiente motivação (dado o grande número de participantes) para os agentes desenvolverem a atividade produtiva⁴⁴.

Isso repercute na percepção da obra como manifestação da personalidade do criador *versus* as novas tecnologias. Mormente quando o ato criador não é de um *sujeito/persona*, mas de um programa (*software*) capaz de engendrar outro.

Se o século XIX entendeu o processo criativo como marcado pela personalidade do autor, hoje, as criações exigem versões e atualizações, ou por força do processo interativo (internet), ou pela criação de obras derivadas (tecnologia *multimídia*: texto + imagem + desenhos + sons + fotos + programas/*software*).

Além disso, não só o homem, mas a *própria máquina* “*cria*” *obras de natureza estética, donde um direito de autor sem autor*: de quem é a autoria? Do criador do programa?

Surge, assim, em lugar da personalização, o caráter funcional da obra e, em consequência, a despersonalização: o que determina a obra não é a autoria pessoal, mas a função por ela exercida.

Dai, por exemplo, a necessidade de um esforço para identificar sistemas globais de identificação de conteúdos (*dados*) protegidos, como é o caso da chamada *tatagem* (tipo de marca ou sinal) para a possibilidade de fazer o *download* de um arquivo.

Assim, o bem cultural não é objeto independente do criador ou daqueles que a ele têm acesso. Ele é em relação comunicativa. Dai a sua compreensão como um bem necessariamente social. Não social em termos de interação individual (índivíduos nucleares), mas de sistema de acesso comunicacional que só tem uma finalidade social no sentido de promoção do acesso *virtual* à cultura: como um bem social, é apenas na dimensão do *acesso* (*accessor*).

Isso problematiza o conceito de *originalidade*, problematização visível no caso da multimídia. Não se trata, também, da *qualidade* de uma *substância* – a obra –, mas de uma referência funcional da obra, ela própria percebida como função na triade *autor/obra/público*. Dai a configuração do ineditismo, com referência à decisão central de divulgar ou não a criação intelectual, ou seja, de torná-la ou não *obra*. Pela lei, somente ao criador é dado iniciar a triade, ou seja, o direito “*de conservar a obra inédita*” (na mencionada Lei de Direitos Autorais, art. 24, III). A rigor, porém, na percepção funcional, é a criação que se resguarda inédita; a obra só existe na relação com o público.

O que afeta a noção de *exclusividade*: direito de uso exclusivo *versus* disponibilização virtual.

Aqui também a relação comunicativa instaurada é regulada de forma a resguardar o autor contra atos do público, como o direito de se opor a qualquer ato que possa afetar a integridade da obra de forma a afetá-lo em sua reputação ou honra (art. 24, IV). Na verdade, a funcionalização da *exclusividade* faz perceber que uma regra importante para essa relação comunicativa está na garantia de manifestações posteriores do

44. BENKLER, Yochoi. Art. cit. Disponível em: <<http://www.benkler.org/CoasesPenguin.PDF>>.

autor, pela obra, como o direito de “*modificar a obra, antes ou depois de utilizada*” (art. 24, V). Ora, nessa relação, também o público é resguardado. Assim o direito do autor de interromper a relação comunicativa, vedando o acesso do público ao “*retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada*”, é condicionada a uma justificacão calcada em seu direito à honra, ou seja, a interrupção da relação, pelo autor, que tem uma situação privilegiada para emitir univocamente sua vontade na comunicacão, em relação ao conjunto de indivíduos indefinidos componentes do “público”, a qual somente é admitida “*quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem*” (art. 24, VI).

Esta última regra é claramente voltada para a proteção do direito ao acesso do público à obra. O que, por sua vez, se vê afetado, problematicamente, pelo conceito de uso privado no caso do *download*.

Trata-se do acesso como faculdade a ser controlada. Veja-se, por exemplo, a relação do provedor no equilíbrio entre direito de propriedade e direito de utilização pública.

Com isso, percebe-se a presença de um novo conceito chave: o de acesso, donde uma nova percepção da liberdade. E, por consequência, uma alteração significativa na percepção jurídica de *direito subjetivo*.

5. Direito subjetivo: conclusão virtual

A noção clássica de direito subjetivo foi construída, tipicamente, sobre três fatores: (i) um privilégio ou vantagem exclusiva de seu detentor ao qual se opõe um dever de outro ou de todos os demais; (ii) a competência ou poder de alteracão dessa situacão jurídica; (iii) a competência para iniciar procedimentos mediante a violacão desses deveres por outros.

Esses traços típicos do direito subjetivo têm por base a noção de liberdade tal como concebida pelo liberalismo econômico fundado na livre iniciativa e no livre mercado e no qual o Estado possuía um papel apenas protetor dessas liberdades. A liberdade dentro dessa concepção tem um duplo sentido: de não impedimento e de autonomia. No sentido negativo, de não impedimento, a liberdade tem uma conotacão de resistência; ser livre é garantir um espaço de açã que resiste à açã livre dos outros. Mas a liberdade aparece também em um sentido positivo de autonomia, de poder determinar-se para algo e através da vontade fazer valer essa determinacão perante outros.

O resultado dessa liberdade, construída na era moderna, é a abertura de oportunidades para que o indivíduo empregue seus bens no mercado, sem limitacões externas. De fato, essa liberdade passa a se exercer através dos bens e dos direitos sobre esses bens, daí a noção de privilégio ou vantagem (i). Daí também a proteçã do Estado contra violacões a esses privilégios, através da iniciacão de determinados procedimentos (ii). A autonomia é institucionalizada na figura do contrato, que se reflete na construçã do direito subjetivo como o poder de disposiçã dos direitos (iii).

Essa construçã dogmática do direito subjetivo pauta-se por regras que atribuem deveres e competências aos indivíduos. Mas é preciso ter em mente que ele constitui uma construçã, que instrumentaliza essas regras. Não é fácil, no contexto atual, sustentar que o direito subjetivo constitui uma entidade ou substrato distinto das regras, ou contenha uma essência que consistiria naqueles três traços típicos.

Assim, a noção típica de direito subjetivo atende a determinada concepção de liberdade, que obviamente sofreu e continua a sofrer mutações. Com essas mutações, altera-se a ordem jurídica ou a interpretacão da ordem jurídica, o que permite uma reinterpretacão da própria noção de direito subjetivo, tendo a

concepção de liberdade subjacente como um lugar comum (*topos*) que orienta essa interpretação⁴⁵. Assim, não há propriamente uma unidade substancial do direito subjetivo, mas situações jurídicas nas quais o conjunto de regras aplicáveis permite falar em direito subjetivo com seus traços típicos ou com traços atípicos, com relação à sua construção na era moderna⁴⁶.

No âmbito da sociedade de informação, a noção clássica de liberdade como espaço de ação não restrito pela liberdade dos outros, que se manifesta sobre bens cujo uso exclui o uso dos outros, tende a sofrer uma revisão. Na verdade, atrai-nos a um limite de abstração, cujo conceito parece ir além de um uso alternativo atípico. No campo informático, dada a inexistência de limitação física, tratamos de bens (informação e conhecimento), cujo uso por alguém não exclui o uso por outro. De fato, chega mesmo a ser conceitualmente impossível delimitar esse “alguém”. Nem mesmo como um “sujeito coletivo”. Ou seja, aquele espaço de ação pode continuar livre independentemente da ação dos outros. Mais do que isso, nessa esfera, o espaço de ação para o sujeito é relevante na medida em que lhe permite *comunicar-se* com os outros. O *ciberespaço*⁴⁷, por exemplo, somente se constrói à medida que cada espaço de ação de cada sujeito é voltado para a comunicação com os outros, sem a qual o próprio ambiente perde sentido. Não é propriamente “espaço” como *res materialis* ou mesmo *immatérias*. Embora não nos retire do espaço no qual vivemos, culturalmente o supera.

Vivenciamos, por certo, diversos usos para a palavra *espaço*: geográfico ou territorial, espaço nos sentidos da física,

espaço como ambiente social, religioso, espaço normativo (por exemplo: *domicílio* em oposição a *residência*, *jurisdição*), espaço político (nacionalidade). No uso comum, esses usos interagem, o que nos permite lidar com os espaços categorialmente. O chamado *ciberespaço*, nesse contexto, parece liberar-nos das amarras territoriais, das jurisdições normativas ou políticas (espaço livre de direito), da finitude de um *lugar*, ao lançar-nos na ubiquidade virtual, que afeta o tempo em termos de simultaneidade/velocidade. O que faz com que negócios jurídicos sejam efetuados sem presença física simultânea e, não obstante, com vontades confirmatórias simultâneas: *speedier and speedier webs the spider its spiderweb around the world*⁴⁸.

A partir dessa percepção da alteração da concepção da liberdade no campo informático, cujo exercício se dá numa relação de reciprocidade, Wolfgang Hoffmann-Riem defende que “o direito à autodeterminação informacional é, em consequência, não um direito de defesa privatístico do indivíduo que se põe à parte da sociedade, mas objetiva possibilitar a cada um uma participação em processos de comunicação. Outros [seres humanos] constituem o âmbito social, em cujas lindes a personalidade de cada um se expande: a autonomia, e não a autonomia, do indivíduo é a imagem diretora da Constituição. A autonomia deve ser possível em espaços vitais socialmente conectados, nos quais a liberdade de comunicação – ou melhor: a liberdade em comum – não pode ser orientada para um conceito limitador da proteção à expansão egocêntrica, mas deve ser entendida como o exercício da liberdade em reciprocidade. Esta liberdade não é ser livre dos outros, mas liberdade por intermédio dos outros”⁴⁹.

45. Para uma análise da evolução histórica da noção de liberdade e de direito subjetivo, ver FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Direito e liberdade. In: *Estudos de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 75 a 132.

46. ROSS, Alf. Op. cit., p. 172 e s.

47. Essa expressão apareceu pela primeira vez num livro de ficção científica de William Gibson.

48. *Süddeutsche Zeitung* (18.07.1995). Apud FLECHSIG, Norbert (*immer schneller webt die Spinne ihr Netz um die Welt*). In: *Rechtsprobleme internationaler Datenetze*. Becker, Jürgen, Nomos, Baden-Baden, 1996, p. 57.

49. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Rechtliche Rahmenbedingungen. In: BÄUMLER, Helmut (Org.). *Der neue Datenschutz*. Neuwied/Kriftel, Luchterhand, 1998, p. 13.

Na verdade pode-se ir além, pois altera-se desse modo o antigo princípio segundo o qual a dignidade humana está centrada na liberdade individual e a liberdade de um termina onde começa a liberdade do outro. Com efeito, no ambiente em que a comunicação e a reciprocidade são meios para a realização individual, a dignidade centra-se no viver em livre comunicação com o outro. E aqui falamos de “meios” não como “*instrumento*”, mas como “*ambiente*”. Assim, a liberdade na sociedade de informação poderia ser bem captada pela fórmula “a liberdade de um começa onde começa a liberdade do outro”⁵⁰. Com base nessa liberdade, o sujeito de direito é pensado não como um agente que domina os bens informáticos, mas como um agente que se comunica *em meio* a esses bens. Enquanto a exploração da propriedade fabricada (mundo das máquinas) se exerce com a exclusão dos demais, a retribuição em função do reconhecimento do valor da autoria digital não se exerce com a exclusão do público, mas de parte dele e o pressupõe.

Por exemplo: tome-se uma forma, qualquer algoritmo articulável numericamente; introduza-se essa forma, por meio de um computador, em um *plotter*; preencha-se tanto quanto possível essa forma com partículas; e observe-se: “mundos” surgirão.

Mas com uma diferença importante.

No mundo digital, o bem intelectual ou imaterial ou cultural, seja lá como for chamado, deixa de ser o resultado de um processo em que aquilo que é *dado* é convertido em algo que é *feito*. Nesse processo, a atividade humana desvia (*di-verte*) algo de seu curso natural para revertê-lo (*re-verte*) em algo fabricado (*con-verte*), para dar-lhe uma aplicabilidade (*ad-verte*) num mercado de trocas (objeto de troca) e utilizá-lo como próprio (objeto de uso). Já no processo digital, trata-se apenas de um *girar* um (pro)grama em outro (pro)grama.

50. FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Direito e internet*, cit., p. 241-247.

Veja-se novamente, por exemplo, a exploração chamada “livre” do *software*. Na relação instaurada pela licença de *software* livre, todos os licenciados, *pacientes* do exercício do direito de explorar a obra, são também *agentes*, no sentido de que consomem a solução de informática e, ao mesmo tempo, ao menos potencialmente, a produzem e a fazem circular. Ademais, a qualquer integrante da cadeia de licenças é possível buscar a proteção judicial para violações contra esses direitos, ou seja, para a proteção dessa liberdade recíproca. A violação ou ocorre justamente com a tentativa de apropriação, isto é, de exclusão dos agentes integrantes dessa atividade livre. Tais regras dão ao direito subjetivo uma configuração distinta da clássica: o autor não perde a vantagem de usar o bem, mas essa vantagem deixa de ser um privilégio que exclui o outro, para passar a incluí-lo⁵¹.

A terra-revolução, a revolução digital, parece, assim, estar destruindo o antigo espaço público. Ortega y Gasset foi superado: na atual revolução das massas – a que ocorre agora – a circunstância se torna *ego* e o *ego* vira circunstância⁵².

Com a substituição da escrita pelo dígito, o mundo de imagens substitui o mundo de conceitos; o espaço público do direito torna-se o espaço da aparência em novo sentido: *show*, espetáculo; a rigor, em vez de *reading*, *roaming*⁵³.

51. Embora haja a possibilidade de exploração *privatística* (exclusiva), essa não é a única forma pela qual é possível beneficiar-se da criação intelectual. O benefício pode ser dado pela própria interação de uma série indeterminada de programadores que poderão aperfeiçoar a criação, testando a obra e desenvolvendo-a para solucionar novos problemas e adaptar o programa original a novas necessidades. Por sua vez, nessa comunicação e na propagação do uso do *software* criam-se condições para que aquele conhecimento informático se padronize, o que poderá significar um ganho para o criador na medida em que domina a tecnologia padronizada.

52. ORTEGA Y GASSET. La rebelión de las masas. In: *Obras completas*. Madrid, 1947, v. 2, p. 19: *yo soy yo y mis circunstancias*.

53. Veja-se, por exemplo, a preservação da atividade de informar, representar e negociar, o que, de boa-fé, justifica, numa democracia, a existência de cer-

Em conclusão: para Helmut Coing, no início da década de 60 (1962), o conceito de direito subjetivo, ainda que não para tudo, parecia indispensável para uma compreensão científica do direito privado; nesse sentido, ainda aparecia como essencial para definir a quem a utilidade e o poder de dispor de determinada posição jurídica seria transferida, para definir quem é parte legítima, ou seja, a quem cabe o direito, bem como e sobretudo para servir à manutenção da liberdade de cada um na sociedade⁵⁴.

Surgido e elaborado numa concepção *estrutural* do direito como sistema concatenado de conceitos, o *direito subjetivo*, no mundo informático em que é inerente o sentido comunitário das relações, parece resvalar sutilmente para o sentido de *situação jurídica subjetiva*⁵⁵ e daí para posições precárias que o *homo ludens* ocupa *em rede*, mais na direção de uma concepção *funcional*⁵⁶, o que acontece, porém, de uma forma verdadeiramente inquietante. Pois, num mundo em que a quantidade de informações é altamente complexa, a capacidade de uma memória individual supera a situação subjetiva, donde o problema da seleção de informações e da necessária atuação em grupos, compostos de elementos humanos e artificiais.

Ou seja, a revolução cultural trazida pelo mundo digital faz-nos perceber que, aos poucos, antigas e sedimentadas noções, como a de *direito subjetivo*, além de deixar de ser “o conceito central do direito privado” (“*der zentrale Begriff des Privatrechts*”⁵⁷), não é mais capaz de lidar com essa desinte-

gração em pedações (*bits*) da estrutura íntegra das coisas. Pois a revolução cultural e, nessa extensão, *jurídica*, que nos torna aptos a construir universos alternativos e paralelos ao mundo supostamente *dado*, converte-nos de *sub-jecti* – indivíduos únicos – em *pro-jecti* – de vários mundos.

tos limites (*direitos*) à plena instantaneidade de transparência da atividade diplomática, como mostra Celso Lafer em seu trabalho “Vazamentos, sigilo, diplomacia: a propósito do significado do WikiLeaks” (*Política Externa*, v. 19, n. 4, p. 11, mar./abr./maio 2011, p. 11).

54. COING, Helmut. *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*. Frankfurt am Main, 1962, p. 54.

55. DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. t. 1, p. 307 e s.

56. BOBBIO, Norberto. *Op.cit.*

57. VON TUHR, A. 1910. Apud COING.