



TRADUÇÃO\*

# Ciberespaço e o Direito do Cavalo

*Frank H. Easterbrook*<sup>†</sup>

*Tradução de*

Pedro André Guimarães Pires<sup>‡</sup> & Afonso Carvalho de Oliva<sup>§</sup>

**RESUMO\*\*** No artigo “Cyberspace and the Law of the Horse”, Frank H. Easterbrook argumenta contra a criação de áreas especializadas do direito, como o “direito do ciberespaço”. Utilizando a metáfora do “direito do cavalo”, Easterbrook sustenta que o estudo de um campo específico, como o ciberespaço, não oferece insights suficientes para a compreensão do direito como um todo. Ele defende que os princípios gerais do direito são aplicáveis a qualquer nova tecnologia ou área, sem a necessidade de criar disciplinas específicas para cada nova questão emergente. Easterbrook critica a fragmentação do direito em áreas especializadas, afirmando que isso pode limitar o desenvolvimento de uma compreensão mais ampla e coesa das regras jurídicas. Em vez de focar em campos específicos, ele propõe que os acadêmicos e legisladores devam se concentrar em entender e aplicar os princípios jurídicos fundamentais, que são adaptáveis a diversas situações, incluindo aquelas que surgem com novas tecnologias como o ciberespaço.

**PALAVRAS-CHAVE** Direito cibernético; tecnologia; fragmentação do direito

---

\* Texto gentilmente cedido pelo AUTOR para tradução e publicação pela DIKÉ. Registramos aqui, publicamente, nosso agradecimento. Publicação original: EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the Law of the Horse. **University of Chicago Legal Forum**, 1996, p. 207.

† Juiz federal dos Estados Unidos, conhecido por sua contribuição significativa ao direito antitruste e à teoria econômica do direito. Graduado pela Universidade de Chicago, Easterbrook tornou-se professor de Direito na mesma instituição, onde lecionou antes de ser nomeado para o Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Sétimo Circuito em 1985. Durante sua carreira acadêmica e judicial, Easterbrook destacou-se por sua abordagem rigorosa e analítica, influenciando profundamente o desenvolvimento do direito econômico. Ele é amplamente reconhecido pelo artigo “*Cyberspace and the Law of the Horse*”, que a DIKÉ agora traz ao público lusófono.

‡ Mestre e bacharel em direito pela Universidade Federal de Sergipe. Diretor de Pesquisa e Extensão da Faculdade de Direito 8 de Julho. Advogado. Possui, ainda, *Certificat d'études politiques* pelo Institut d'Études Politiques de Lyon (Sciences Po Lyon). Professor de Direito Civil, Direito & Linguagem e Direito & Arte da Faculdade de Direito 8 de Julho. EDITOR-ADJUNTO da DIKÉ.

§ Doutorando em Direito Privado pela Universidade do Minho, Portugal. Mestre em direitos humanos e bacharel em direito pela Universidade Tiradentes. Diretor de Graduação da Faculdade de Direito 8 de Julho. Especialista em Direito da Tecnologia da Informação pela Fundação Getúlio Vargas. Pós-Graduado em Direito do Consumidor pela UNIDERP/LFG (2011). Pós-Graduado no MBA em Direito Eletrônico pela EPD. Avaliador do Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior, Ministério da Educação/Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira/Diretoria de Avaliação da Educação Superior. Pesquisador em Novas Tecnologias e o Impacto nos Direitos Humanos. Possui Certificação em Privacidade e Proteção de Dados pela EXIN - Privacy & Data Protection Foundation.

\*\* Resumo elaborado pelos EDITORES

Quando era diretor desta faculdade de direito, Gerhard Casper tinha orgulho de que a Universidade de Chicago não ofertava um curso sobre o “Direito do Cavalo”. Ele não queria dizer com isso que Illinois se especializa em grãos em vez de gado. Seu argumento, antes, era o de que cursos “Direito e...” deveriam estar limitados a matérias que poderiam iluminar o direito como um todo. Em vez de ofertar cursos para diletantes<sup>6</sup>, a Universidade de Chicago ofertava cursos sobre Direito e Economia<sup>7</sup> e Direito e Literatura, ministrados por pessoas que poderiam ser nomeadas para os melhores departamentos de economia e de literatura do mundo — ou até ganhar o Prêmio Nobel de economia, como Ronald Coase fez.

Sinto informar que ninguém neste Simpósio vai ganhar um Prêmio Nobel tão cedo por avanços em ciência da computação. Estamos correndo risco de um diletantismo multidisciplinar, ou, como um dos meus mentores dizia, de esterilização cruzada de ideias<sup>8</sup>. Junte dois campos sobre os quais você sabe pouco e terá o pior dos dois mundos. Bem, deixem-me ser modesto. *Eu* estou correndo risco de diletantismo, e suspeito que não sou o único. As crenças que juristas têm sobre computadores e as previsões que eles fazem sobre novas tecnologias têm grande probabilidade de ser falsas. Isso deveria nos fazer hesitar antes de prescrever adaptações jurídicas para o ciberespaço. Cegos não são bons desbravadores.

O comentário do diretor Casper tinha um segundo sentido: de que a melhor forma de aprender o direito aplicável a empreitadas especializadas é estudando regras gerais. Muitos casos tratam de vendas de cavalos; outros tratam de pessoas que levaram coices de cavalos; outros tantos tratam de licenciamento e de corridas de cavalos, ou de tratamentos que veterinários dão aos cavalos, ou de prêmios em competições de cavalos. Qualquer tentativa de coletar essas vertentes em um curso sobre o “Direito do Cavalo” está fadada a ser rasa e a ignorar princípios unificadores. Lecionar sobre cem por cento dos casos de pessoas que levaram coices de cavalos não vai transmitir o direito da responsabilidade civil muito bem. É muito melhor para a maioria dos estudantes — melhor ainda para aqueles que pretendem entrar em negócios de cavalos — fazer cursos sobre propriedade, responsabilidade civil, transações comerciais e afins, adicionando à dieta de casos sobre cavalos um punhado de transações de pepinos, gatos, carvão e berços. Só inserindo o direito do cavalo no contexto de regras mais abrangentes sobre empreitadas comerciais é que se pode realmente entender o *direito sobre cavalos*.

Agora você consegue ver o significado do meu título. Quando me pediram para falar sobre “Propriedade no Ciberespaço”, minha imediata reação foi “mas isso não é exatamente o direito do cavalo?” Eu não sei muita coisa sobre o ciberespaço; o que eu sei vai estar datado daqui a cinco anos (se não já estiver daqui a cinco meses!); e minhas previsões sobre a direção da mudança são imprestáveis, tornando inútil qualquer tentativa de costurar um direito sobre a matéria. E se eu realmente soubesse alguma coisa sobre redes de computadores, tudo que eu poderia fazer para discutir “Propriedade no Ciberespaço” seria isolar a matéria do resto do direito da propriedade intelectual, enfraquecendo sua avaliação.

<sup>6</sup> “Encontram-se mais que alguns cursos em faculdades de direito intitulados ‘Direito e \_\_\_’, nos quais a lacuna é de fato uma lacuna intelectual”. Michael Tonry e Norval Morris, “Aposentadoria de Sheldon Messinger”, 80 *California Law Review* 310 (1992).

<sup>7</sup> Em português, a tradução consagrada é “Análise Econômica do Direito”. Optamos por traduzir de forma literal para manter a coerência textual do argumento. (N. dos T.)

<sup>8</sup> No original, *cross-sterilization*, trocadilho com *cross-fertilization*, fertilização cruzada. (N. dos T.)

Isso leva diretamente para minha principal conclusão: desenvolver um direito da propriedade intelectual robusto, depois *aplicá-lo* às redes de computadores. Problema: nós não sabemos se muitos dos institutos do direito existente são adequados. Por que dezessete anos para patentes, uma vida e mais um pouco para *copyrights* e a eternidade para marcas registradas? Esses direitos deveriam ser fortalecidos ou enfraquecidos?<sup>9</sup> Por que o *copyright* deve ter a forma particular que tem? Que sentido se extrai da salada de critérios do *fair use*? Como tornar esses direitos mais precisos e, por conseguinte, facilitar as negociações coaseanas? Enquanto não tivermos respostas para essas questões, não podemos emitir prescrições para suas aplicações a redes de computadores.

O ciberespaço reduz o custo efetivo da cópia. Isso continua uma tendência que começou quando Gutenberg inventou o tipo móvel e deu origem à demanda política pelo que veio a se tornar o direito de *copyright*. No entanto, como podemos abordar a questão de que a produção de cópias se tornou fácil demais, e de que isso deve implicar mudanças nas formas de compensação, quando ainda não solucionamos os problemas colocados pela tecnologia de ontem? Consideremos a fotocopidora. As pessoas podem tirar fotocópia de artigos acadêmicos. Até que ponto pesquisadores podem tirar cópias de artigos de periódicos cada vez mais caros para criar um acervo para seus próprios projetos futuros? Esta é uma questão sobre *fair use*; no entanto, os critérios de *fair use* são tão imprecisos que ninguém consegue dar uma resposta geral.

Recentemente o Segundo Circuito<sup>10</sup> julgou que extrair fotocópia para pesquisa realizada em uma corporação que visa lucro excedia os limites do *fair use*<sup>11</sup>. A decisão não foi unânime, outro circuito é contrário e a Suprema Corte se dividiu em 4 a 4 quando revisou essa decisão<sup>12</sup>. Ambas as opiniões deixam a impressão de que dez centavos de diferença nos fatos alterariam o resultado. A falta de certeza sobre o direito de propriedade torna a proteção da propriedade intelectual praticamente impossível.

O *Copyright Clearance Center*<sup>13</sup> mal levanta dinheiro suficiente para cobrir os custos de suas operações. Quando você tira cópia de alguma coisa com uma advertência do CCC no pé da página que orienta a remeter cinquenta centavos por página para uma conta bancária específica, você faz isso? Não, não faz, porque a extensão da prerrogativa de *fair use* é muito difícil de entender completamente, e porque remeter o dinheiro seria um grande *incômodo* — você cola duas moedas de vinte e cinco centavos com fita em um cartão postal e manda pelo correio?

Quando os direitos de propriedade são mal especificados, é difícil transacionar sobre eles, e isso corresponde à dificuldade em promover o processo de transação que aloca recursos para os seus usos mais valorizados. Em vez disso, o que vemos é o recurso à segunda melhor alternativa. Para ilustrar: o preço dos periódicos acadêmicos se tornou estratosférico. Assinaturas de bibliotecas não raro excedem quinhentos dólares por ano; para alguns periódicos científicos ou médicos, o preço excede

<sup>9</sup> Ver William M. Landes e Richard A. Posner, “An Economic Analysis of Copyright Law”, 18 *Journal of Legal Studies* 325 (1989)

<sup>10</sup> Corte Recursal dos Estados Unidos para o Segundo Circuito (*United States Court of Appeals for the Second Circuit*), corte recursal da Justiça Federal análoga aos Tribunais Regionais Federais brasileiros. O Segundo Circuito abrange o Distrito de Connecticut, os quatro distritos de Nova York e o Distrito de Vermont. (N. dos T.)

<sup>11</sup> *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F3d 913 (2<sup>nd</sup> Cir 1995). Ver também William Patry, “American Geophysical Union v. Texaco, Inc.: Copyright and Corporate Photocopying”, 61 *Brooklyn Law Review* 429 (1995).

<sup>12</sup> *Williams & Wilkins Co. v. United States*, 487 F2d 1354 (Ct Cl 1973), afirmado por Corte igualmente dividida, 420 US 376 (1975).

<sup>13</sup> Organização sem fins lucrativos que fornece licenciamento coletivo de *copyrights* para usuários acadêmicos e corporativos, com compensação financeira aos detentores dos direitos. (N. dos T.)

os dois mil dólares. Esse preço alto é uma taxa adiantada pelas fotocópias, e pode ser que desse jeito os autores (e editores) consigam um faturamento equivalente ao que teriam se cobrassem por reimpressões, ou se vendessem mais revistas a preços menores.<sup>14</sup> Essa abordagem de periódico de preço alto e cópia barata não apenas corta o custo das transações (ninguém tem que coletar ou remeter taxas de cópia), mas também corta o custo marginal do uso de propriedade intelectual. Como a propriedade intelectual pode ser usada e se esgotar, o mecanismo de precificação ideal é uma taxa fixa, sem nenhum custo marginal para o uso.

A licença geral para o direito de reprodução de música aproxima esse preço ideal bipartido. Mas a licença geral funciona porque os direitos para execução pública de música são *muito* bem especificados. Não é tanto o caso para cópias de artigos.

A alta taxa de assinatura para bibliotecas funciona mal em um dos ingredientes cruciais de uma licença geral: discriminação de preços. A ASCAP e a BMI<sup>15</sup> cobram sobre o faturamento de uma rádio ou sobre a receita bruta do detentor de uma licença. A Universidade de Chicago paga mais por sua licença da ASCAP do que a Swarthmore College. Mas o *Journal of Financial Economics* pede os mesmos 750 dólares por ano da Goldman Sachs, de uma faculdade de negócios ou de uma faculdade de direito; ele não consegue discriminar de forma tão eficiente como a ASCAP. Assim, a Goldman Sachs paga muito pouco em relação ao valor do que recebe, e a Universidade de Chicago acaba de cancelar sua assinatura. O mecanismo de precificação não funcionou bem, por causa das dificuldades na definição dos direitos patrimoniais.

Se estamos tão atrasados na tarefa de casar o direito com uma tecnologia tão bem compreendida como a fotocópia — se ainda nem conseguimos criar direitos patrimoniais bem definidos de modo que as pessoas possam adaptar sua própria conduta para maximizar a riqueza total — que chance nós temos com uma tecnologia como os computadores, que tem uma mutação mais rápida que a do vírus em *O Enigma de Andrômeda*<sup>16</sup>?

Bem, então, o que podemos fazer? De maneira geral, nada. Se não sabemos o que é melhor, deixemos as pessoas fazerem seus próprios acertos.

A próxima coisa depois de nada é: continuar fazendo o que temos feito. A maior parte dos comportamentos no ciberespaço é fácil de classificar sob princípios de direitos patrimoniais atuais. O que as pessoas disponibilizam livremente e livremente copiável. Quando as pessoas adicionam advertências, estas devem ser respeitadas, e a questão difícil quando alguém copia software comercial será se a pessoa fazendo cópias é um infrator direto ou apenas um infrator por contribuição, e se o remédio deveria ser perdas e danos civis ou pena de prisão. Custos mais baixos para a cópia podem tornar as violações à lei mais atraentes, o que sugere a alocação de recursos persecutórios adicionais, mas o movimento ao longo de um espectro de custo não apela à mudança na substância jurídica.

O que mais há para fazer? Eu ofereço três temas.

<sup>14</sup> Ver S. J. Liebowitz, "Copyright Law, Photocopying, and Price Discrimination", 8 *Research in Law & Economics* 181 (1986).

<sup>15</sup> *American Society of Composers, Authors and Publishers* (Sociedade Americana de Compositores, Autores e Editores) e *Broadcast Music, Inc.*, organizações sem fins lucrativos que fornecem licenças coletivas para execução pública das obras musicais de seus membros. Análogas ao ECAD (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) no Brasil. (N. dos T.)

<sup>16</sup> *The Andromeda Strain*, filme produzido e dirigido por Robert Wise (1971), adaptado do romance homônimo de Michael Crichton (1969).

1. *Tornar as regras mais claras, promover negociações.* “Nós” não sabemos o que é melhor, mas em um mundo coaseano as partes afetadas vão estabelecer o que é melhor pelas suas próprias ações.

O Grupo de Trabalho sobre Direitos de Propriedade Intelectual do governo federal recentemente emitiu um relatório chamado *Propriedade Intelectual e a Infraestrutura Nacional de Informação*. Além do título pomposo e da constatação tradicional de que são necessários mais estudos, esse relatório contém algumas propostas concretas. Uma delas, que entendo ser controversa, é emendar o *Copyright Act* para reforçar o direito de distribuição<sup>17</sup>. O Grupo de Trabalho recomenda que a lei reconheça que a disseminação de obras protegidas por *copyright* via transmissão eletrônica é um dos direitos que o proprietário do *copyright* possui.

Pode-se dizer que essa mudança dá muito poder ao proprietário do *copyright* ou restringe indevidamente a habilidade de disseminar obras. Algumas pessoas acreditam que os proprietários de *copyright* deveriam estar felizes por terem uma multidão disposta a transmitir suas obras a consumidores que pagarão *royalties* por elas (como os receptores claramente deve fazer — pois *recebem* uma cópia, seja a transmissão uma “distribuição” da obra ou não). Talvez tenham razão; mas, *se* é assim, o autor ou proprietário permitirá a transmissão, da mesma forma como compositores licenciam a transmissão de suas obras pelo rádio para pessoas que podem escolher ligar seus gravadores de fita. Um autor poderia dar essa permissão em geral, enquanto resguarda o direito de cobrar pela manutenção de cópias.

Em termos simples, é extremamente difícil saber qual é o pacote de compensação adequada para autores, a não ser que os direitos patrimoniais sejam claros. Se algo na natureza do ciberespaço tornou nebulosa a aplicação do direito de distribuição, então precisamos por todos os meios torná-la clara novamente, de modo que as pessoas possam fazer seus próprios acertos. E, pondo na balança, é melhor dar esses direitos aos autores. Por quê? Porque se o melhor arranjo acabar sendo a livre distribuição, então as transações privadas poderão produzir esse resultado se a lei atribuir esses direitos aos autores; mas, se o melhor arranjo acabar sendo alguma taxa para a distribuição e um preço menor para a cópia, será extremamente difícil atingir esse estado de coisas se a lei cancelar o direito de distribuição. Transações privadas só poderiam devolver esse direito aos autores se as partes tiverem uma relação contratual (por exemplo, os espectadores da ópera podem concordar em não gravar as apresentações). Devemos ter sempre em mente a grande possibilidade de erro na especificação original de quem tem direito a quê — um risco especialmente alto em um mundo legislativo dominado pela política dos grupos de interesse. (A lei sobre cópias contém uma disposição especial sobre feiras e exposições agropecuárias, mais uma alusão ao direito do cavalo!) O risco de erro deveria levar a compromissos iniciais fáceis de serem revertidos, de modo que as pessoas possam encontrar seu próprio caminho com a menor interferência.

2. *Criar direitos patrimoniais onde agora não há nenhum — novamente para tornar negociações possíveis.*

Direitos patrimoniais sobre nomes de domínio são um exemplo do que eu tenho em mente. Até recentemente, nomes de domínio na internet eram atribuídos pelo governo (ou melhor, por uma empresa contratada para fazer o serviço do governo). A alocação era feita por ordem de chegada, sem

<sup>17</sup> Working Group on Intellectual Property Rights, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure* 193 (1995) (“Working Group Report”).

qualquer esforço para remover os nomes inutilizados. Isso levou as pessoas a estocar nomes de domínio. O direito da propriedade intelectual tem sido corretamente hostil a tais manobras. Nomes de domínio têm alguns atributos de marcas; mas não se pode obter uma marca apenas pedindo seu registro. Uma empresa deve *usar* a marca para obter direitos sobre ela, deve usar a marca continuamente, e, quando isso ocorre, retardatários ficam atrás dela na fila. De forma similar, nomes empresariais são registrados junto aos estados, e novas empresas não podem duplicar nomes já existentes.

A alocação de nomes de domínio agora está em mãos privadas, e a taxa anual de cinquenta dólares vai abater, até certo ponto, o incentivo a obtê-los para não os usar. Mas a alocação de nomes continua sendo feita por ordem de chegada, o que resulta em pessoas que reivindicam nomes corporativos e políticos famosos. Hoje você pode digitar em seu *browser* o endereço [www.clinton96.org](http://www.clinton96.org)<sup>18</sup> e encontrar não a página da campanha pela reeleição de Clinton, mas uma sátira da campanha, com uma grande foto do presidente com um dedo levantado e uma legenda alegando que ele teve uma única conquista: a eleição. Dick Tuck<sup>19</sup> chegou ao ciberespaço. Esse assédio é apartidário: [www.dole96.org](http://www.dole96.org)<sup>20</sup> também é uma página satírica.

Direitos patrimoniais devem ser mais bem especificados do que isso. A apropriação de nomes e marcas não seria tolerada no resto do mundo comercial ou do mundo político; por que é o caso para endereços da internet? Em outras palavras, temos que trazer a internet para o mundo dos direitos patrimoniais. Reconheço que, com as ferramentas de busca, você pode achar a American Broadcasting Corporation mesmo se outra pessoa detiver [www.abc.com](http://www.abc.com). Os *nodes* estão nos números finais, e sua conversão em letras é arbitrária. Mas o processo de busca é custoso e pode ser evitado por uma alocação correta desde o início.

Por alocação “correta” eu certamente não quero dizer alocação de acordo com alguma fórmula do governo. Nós já testamos *essa* abordagem com licenças de transmissão de rádio e tv, e ela falhou. De fato, mesmo no mundo das telecomunicações, a Comissão Federal de Comunicações caminhou na direção para a qual Ronald Coase e Leo Herzel apontaram nos anos 1950: vender frequências em leilões<sup>21</sup>. Pode ser assim com nomes de domínio. Deixar as pessoas dar lances para símbolos, depois vendê-los em um mercado de revenda desenvolvido. Talvez as alocações iniciais possam ser feitas por nomes empresariais ou marcas de produtos. Detalhes são bem menos importantes do que o princípio de que é importante estabelecer direitos patrimoniais, sem os quais negociações maximizadoras de bem-estar não podem ocorrer.

O fato de que a internet abrange todo o mundo significa alguma dificuldade em definir direitos patrimoniais sobre nomes; muitas jurisdições podem ter ideias diferentes sobre alocações ótimas. Mas o sistema telefônico abrange muitos regimes jurídicos sem duplicação de números. Desacordos internacionais sobre leis de patentes ou de *copyright* são muito mais complexos do que aqueles necessários para estabelecer nomes de domínio.

<sup>18</sup> O *site* não se encontra mais no ar. (N. dos T.)

<sup>19</sup> Estrategista político, célebre por suas pegadinhas políticas. (N. dos T.)

<sup>20</sup> Bob Dole foi o candidato republicano vencido por Bill Clinton na eleição de 1996. O *site* satírico também não está mais no ar, mas a página oficial da campanha ainda pode ser acessada em [www.dolekemp96.org](http://www.dolekemp96.org). (N. dos T.)

<sup>21</sup> R.H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 J L & Econ 1 (1950); Comment, Leo Herzel, “Public Interest” and the Market in Color Television Regulation, 18

Algumas outras nações ficam inquietas sobre o fato de que ninguém dirige ou é dono da internet; ela é uma teia de pequenas redes autônomas. Mas ninguém pode regular todo o processo de intercâmbio de informação, e mesmo aqueles que odeiam a ideia de livre comunicação não têm muita escolha a não ser aderir aos termos que os participantes estão dispostos a aceitar. A China deve seguir o consenso internacional se quiser acesso a outros *nodes*.

### 3. Criar instituições de negociação.

Computadores oferecem muitas oportunidades de fazer, por um custo quase nulo, o tipo de coisa que o *Copyright Clearance Center* tentou e não conseguiu fazer quanto às fotocópias. Considere, por exemplo, a questão sobre se um editor de conteúdo na internet quer autorizar a confecção de cópias e, em caso positivo, a confecção de cópias que podem ser recopiadas, ou uma cópia única para uso em um computador local. E se o editor só quiser autorizar a visualização na tela? Todas são possibilidades lógicas, cada uma racional para alguns autores ou para um dado autor em momentos diferentes. Como é possível especificar qual é qual, e coletar o pagamento? — especialmente num mundo onde o navegador Netscape está fazendo cópias em cache escondido de todo mundo e transformando todos vocês em infratores persistentes!

A resposta, me parece, é uma convenção — um protocolo sob o qual cada arquivo contém suas próprias instruções sobre essa questão, e programa como interpretá-las. Você é familiar com convenções desse tipo. Quando seu modem chama um modem remoto, os dois dispositivos entram em uma elaborada interrogação para descobrir que velocidade usar e qual compressão e quais algoritmos de correção de erros estão em uso. Uma organização internacional de padronização acordou sobre a linguagem; empresas privadas de todo o mundo decidiram se, e até que ponto, iriam usar essa linguagem acordada para comunicações. Algumas empresas desenvolveram suas próprias extensões, fora da estrutura estabelecida pela organização. A tecnologia de criptografia é similar. Você pode perceber que quando o Netscape entra em um canto específico da rede, uma chave aparece no canto esquerdo da tela; isso mostra que o cliente e o servidor acordaram sobre um protocolo de criptografia, protegendo a sessão.

Existem vários protocolos disponíveis<sup>22</sup>. Também pode ser assim com as cópias. Uma organização padronizadora poderia prescrever, digamos, vinte diferentes regras para a produção de cópias — conjuntos de termos de permissão e pagamento. Poderia haver organizações concorrentes, com seus próprios padrões. Cada servidor e cliente de internet iria entender esses termos e fazer a negociação automaticamente, remetendo todo pagamento para um depositário acordado por métodos seguros.

Levantando essa possibilidade, tenho em mente ainda um terceiro sentido do Direito do Cavalo. Gerhard Casper não originou essa expressão. Ela vem de Karl Llewellyn. Quando estava começando o projeto que levou ao Código Comercial Uniforme, ele contrastava as regras para negócios entre comerciantes com as regras para transações idiossincráticas entre amadores, que ele chamava de direito do cavalo<sup>23</sup>. Por que engatar profissionais num vagão projetado para amadores?

<sup>22</sup> O processo pode ser automático e seguro. Os métodos de segurança do Netscape são simples em comparação aos usados no MIT, que, apesar de ter a maior concentração de hackers brilhantes no planeta, nunca teve uma falha de segurança. Ver Jeffrey I. Schiller, *Secure Distributed Computing*, 271 *Scientific American* 66 (Nov 1994).

<sup>23</sup> Karl N. Llewellyn, *Across Sales on Horseback*, 52 *Harv L Rev* 725, 735, 737 (1939); Karl N. Llewellyn, *The First Struggle to Unhorse Sales*, 52 *Harv L Rev* 873 (1939).

A ideia de Llewellyn, realizada no CCU, era dar aos comerciantes um cardápio de opções dentre as quais eles poderiam escolher com baixo custo. Uma dessas opções seria a regra presumida, aplicada a não ser que os comerciantes dispusessem de forma diferente.

O Grupo de Trabalho expressou certa preocupação de que os tribunais iriam hesitar em fazer cumprir esses tais “contratos de adesão”<sup>24</sup>, mas casos recentes mostram que essa preocupação é injustificada<sup>25</sup>. Não há razão para distinguir disposições contratuais de qualquer outro aspecto da composição de um produto. O comprador de um computador não controla a qualidade dos circuitos; o vendedor dispõe tanto sobre os atributos do produto quanto sobre os termos do contrato. Ninguém pensaria em dizer que o comprador de um computador com um disco de 500 MB tem “direito” a um disco de 750 MB, ou a um disco mais rápido, a partir da premissa de que o tamanho e a velocidade do disco são dispostos em um “contrato de adesão”, então é tolice reclamar sobre disposições contratuais. Todos esses atributos são mediados pelo preço. Termos “melhores” (da forma como os compradores veem as coisas) dão ensejo a preços maiores, e os vendedores têm tanta razão para oferecer os termos que os consumidores preferem (isto é, os termos cujo custo os consumidores consideram justificado), quanto para oferecer qualquer outro ingrediente de seus produtos. É essencial garantir a validade dessas disposições se quisermos que os mercados funcionem.

Transações repetitivas em mercados densos. É isto que é a produção de cópias em redes de computadores. Assim como computadores reduzem o custo da produção de cópias, eles também expandem o tamanho e a densidade do mercado e reduzem o custo de transação sobre a propriedade intelectual, pois tanto a negociação quanto o pagamento podem ser feitos automaticamente tão logo autores e usuários decidem quais termos aceitar. As pessoas tendem a enfatizar o efeito dos custos da produção de cópias e desconsiderar os efeitos do tamanho do mercado e dos custos de transação; no entanto, assim como custos mais baixos para a produção de cópias impõem um desafio para os autores, os custos de transação mais baixos podem representar a solução. Computadores atualmente combinam todos os negócios na Bolsa de Valores de Londres; eles podem combinar negócios em um ambiente virtual de leilões de propriedade intelectual. Já estão em curso os trabalhos para revisar o Artigo 2 do CCU para fornecer mais regras padronizadas, prontas para uso, para *softwares* de computadores<sup>26</sup>. Estou confiante de que os autores vão resistir à tentação de limitar o alcance das escolhas possíveis, em vez de escrever um cardápio contendo os pedaços mais populares. Esse plano pode ser estendido para a propriedade intelectual, seja listando opções na lei ou por meio de um esforço privado de padronização.

Para que isso funcione, as instruções do autor sobre disseminação e pagamento devem permanecer na cópia produzida. O Grupo de Trabalho recomenda uma nova legislação para prevenir a adulteração dos sistemas de proteção e gerenciamento de *copyright*<sup>27</sup>. Esta proposta pode ou não estar correta quanto aos detalhes, mas não está claro para mim que seja necessária qualquer mudança. Remover qualquer parte de uma propriedade intelectual cria uma obra derivada, a qual já é, ela própria, sujeito de controle sob a legislação atual. Essa não é a hora nem o lugar para entrar em

---

<sup>24</sup> Ver, por exemplo, o Relatório do Grupo de Trabalho, pp. 49-50 (citado na nota 12).

<sup>25</sup> Ver, por exemplo, *Vimar Seguros Y Reaseguros, S.A. v M/V Sky Reefer*, 115 S Ct 2322 (1995); *Carnival Cruise Lines, Inc. v Shute*, 499 US 585 (1991).

<sup>26</sup> Ver o Relatório do Grupo de Trabalho, p. 53 (citado na nota 12).

<sup>27</sup> *Idem*, pp. 212-213 (análise), Apêndice I, pp 5-12 (esboço de legislação).

detalhes, contudo.

Um resumo rápido: erros legislativos são comuns, e nunca o foram tanto quanto hoje, com a tecnologia galopando em frente. Não vamos nos esforçar para encaixar um sistema jurídico imperfeito num mundo em evolução que mal compreendemos. Em vez disso, façamos o essencial para permitir que os participantes desse mundo em evolução tomem suas próprias decisões. Isso significa três coisas: tornar as regras claras, criar direitos patrimoniais onde hoje não há nenhum e facilitar a formação de instituições de negociação. Depois, deixemos o mundo do ciberespaço evoluir sozinho, e aproveitemos os benefícios. •