

A biblioteca total: Google Book Search e as obras órfãs

Alexandre Pesserl¹

Marciele Berger Bernardes²

RESUMO:

A estrutura legislativa vigente de direitos autorais traz como subproduto a existência de “obras órfãs”, artefatos culturais cuja titularidade é de difícil determinação, e que ainda não entraram no domínio público, bem como de obras esgotadas, que não estão em circulação, impedindo qualquer uso de tais obras que não sua consulta direta. No mercado editorial, estima-se que até 75% do total de livros existentes enquadre-se nestas condições: trata-se de quantidades enormes de informação e conhecimento, hoje inacessíveis ao público.

É dever do Estado garantir e preservar não apenas a cultura e a memória, mas também o acesso à informação. Mesmo assim, as leis de direitos autorais e acordos internacionais sobre o tema são os principais responsáveis por esta situação de ineficácia, principalmente pelas concessões de sucessivas extensões de prazos protecionais de direitos para uma indústria de notável poder econômico e influência política. Ao ampliar a proteção indiscriminadamente, atingem tanto os produtos culturais em comercialização quanto aqueles cujo ciclo de vida econômica tradicional já se esgotou, impedindo sua reutilização – e, especialmente, sua digitalização.

E a digitalização é, essencialmente, a forma de acesso para a sociedade em rede. O Google e o Author's Guild (entre outras entidades) anunciaram os termos de um acordo, numa ação civil pública (*class action*) americana que, apesar de apresentar problemas nas áreas de privacidade e anti-truste, consiste de fato numa solução privada para a ineficácia legislativa apontada. A proposta ainda está pendente de análise governamental. O presente artigo analisa os principais pontos da proposta, à luz do direito da informação.

1 Mestrando em Direito – CPGD/UFSC. Bolsista CAPES.

2 Mestranda em Direito – CPGD/UFSC. Bolsista CAPES.

PALAVRAS CHAVES:

DIREITOS AUTORAIS. OBRAS ÓRFÃS. PROTEÇÃO EXCESSIVA. GOOGLE. DIGITALIZAÇÃO DE LIVROS. ACORDO.

ABSTRACT

A necessary byproduct of our copyrights legal structure is the existence of “orphaned works”, cultural artifacts whose paternity is hard to determine and that haven’t made it into the public domain yet, and works that are out-of-print, not generating any revenue or economical interests, therefore forfeiting any use other than its direct consultation. Up to 75% of all the books market may meet those conditions, making up for huge amounts of information and knowledge secluded from the public.

It is a duty of the State to guarantee and preserve not only culture and memory, but also access to information. Even so, international agreements and copyright law are to blame for this inefficiency, specially due to successive copyright terms extensions towards an industry with notable economical power and political influence. By indiscriminately extending protection, they affect not only works in the market but also those whose traditional economical cycles are over, thus stopping its reuse – and, specially, its digitization.

And digitization means, essentially, access to a network society. Google and the Author’s Guild (amongst others) have announced the terms of an agreement, in an north-american class action, that despite its problems in the privacy and anti-trust fields, consists in a de facto private answer to the pointed legislative inefficiency. The proposal is still pending approval. This article analyzes the main topics of the proposal, under the scope of information rights.

KEYWORDS:

COPYRIGHT, ORPHAN WORKS. EXCESSIVE PROTECTION. GOOGLE. BOOKS DIGITIZATION AGREEMENT.

“El universo (que otros llaman la Biblioteca) se compone de un número indefinido, y tal vez infinito, de galerías hexagonales, con vastos pozos de ventilación en el medio, cercados por barandas bajísimas. Desde cualquier hexágono se ven los pisos inferiores y superiores: interminablemente.”

Jorge Luis Borges, *“La Biblioteca de Babel”*

Introdução

A discussão sobre a proteção jurídica das obras artísticas e literárias e seus efeitos pertence ao campo dos direitos fundamentais. De um lado, do criador; direito constitucionalmente atribuído de utilização, equiparado ao de propriedade – inclusive no tocante à sua função social. De outro, da sociedade e de seus membros, os direitos à educação, pesquisa, cultura e comunicação, todos cruciais para a interação sociocultural e para a própria formação da pessoa e construção de sua dignidade³. Garantir o justo equilíbrio na representação dos interesses e, ao mesmo tempo, a segurança das relações jurídicas é o objetivo primordial de nosso ordenamento jurídico.

Esse raciocínio é especialmente importante pelo fato de que vivemos numa sociedade no qual o conhecimento é fator de produção, logo, de geração e de distribuição de riquezas. Em 1945, Friederich Hayek, que brevemente ganharia um Prêmio Nobel de Economia, publicou um artigo com o título de *“The Use of Knowledge in Society”* no qual manifestava que o complexo de decisões inter-relacionadas relativas à alocação dos recursos disponíveis na economia deveria estar baseado no conhecimento. Também assinalava que o sistema econômico mais eficiente seria aquele que exercesse um uso mais pleno do conhecimento existente.

Finalmente, sustentava que o conhecimento científico não constituía certamente a soma de todo o conhecimento, e que era importante considerar a existência de um conhecimento não organizado, referente à circunstâncias particulares de tempo e espaço, que resultava particularmente

³ SOUZA, Allan Rocha de. Os Direitos Fundamentais, os Direitos Autorais e a Busca pelo Equilíbrio. p. 70, in GRAU-KUNTZ, Karin, e BARBOSA, Denis Borges (org.). Ensaio sobre o Direito Imaterial. Estudos dedicados a Newton Silveira. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

significativo para obtenção da eficácia desejada. Para Hayek, um dos principais problemas da política econômica estava justamente dado pela necessidade de determinar qual seria a melhor forma de utilizar um conhecimento disperso pela população⁴.

Os argumentos utilizados por Hayek em sua defesa do sistema de preços como o mais adequado para comunicar a informação dispersa e assegurar a sobrevivência de uma sociedade baseada na divisão do trabalho constituem a base para a compreensão do que hoje denominamos “sociedade do conhecimento” (*knowledge society*)⁵.

A conectividade da sociedade, bem como a digitalização dos conteúdos, traduzem o ingresso numa nova fase do capitalismo pós-industrial, no qual os recursos de informação, conhecimento e inteligência são os insumos mais valorizados; a mente humana passa a ser fator direto de produção, e não mais apenas elemento de tomada de decisão na cadeia produtiva. O elemento humano valorizado passa a ser o *trabalhador criativo* (Drucker, 1966), aquele que gera riquezas a partir da pesquisa e síntese de influências em diversas áreas do saber, em campos tão diversos como as artes, a pesquisa científica ou a publicidade.

Informação e Conhecimento

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

Nos termos propostos pela biologia cognitiva, o ser vivo funciona como um circuito fechado de auto-produção, no qual o produtor e o produto se configuram circularmente (*feedback*). Nesse processo, *conhecer* e *ser* são processos inseparáveis⁶. O denominador comum é a *circulação da informação*. Quanto mais difundida a informação, maior a probabilidade que esta se converta em conhecimento. Em sentido inverso, quanto maior o nível de barreiras imposto à sua circulação,

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

5 A UNESCO, em particular, adotou o termo “sociedade do conhecimento” ou sua variante “sociedades do saber” dentro de suas políticas institucionais. Desenvolveu uma reflexão em torno do assunto que busca incorporar uma concepção mais integral, não ligada apenas à dimensão econômica.

6 PELLANDA, Nize Maria Campos. Conversações: modelo cibernético da constituição do conhecimento/realidade. p. 1381. Educ. Soc., Campinas, vol. 24, n. 85, p. 1377-1388, dezembro 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v24n85/a14v2485.pdf> em 14/09/09

menor a eficácia do sistema para a geração do conhecimento.

Informação só tem valor quando em circulação

A informação “não se estoca”: uma vez comunicada, uma vez que tenha alcançado seu efeito útil, seu valor degrada-se quase instantaneamente⁷. Neste sentido, uma biblioteca não contém informação, mas livros, tanto quanto uma garagem contém carros, e não locomoção. Ou ainda: computadores não processam informações, e sim dados⁸. Mas algumas dimensões da informação podem ser preservadas e estocadas. Os documentos de patentes incorporam informações técnicas, os livros incorporam conhecimento artístico e científico: existe um estoque de informação e o armazenamento desta informação tem valor⁹.

Portanto, para ganho de eficácia para todo o sistema, é fundamental a promoção da circulação das informações armazenadas, aumentando a probabilidade de geração de conhecimento. A informação inerte não possui valor; um livro mofando numa estante não dá a resposta para o problema estudado *aqui*. O acesso é tão fundamental quanto a própria informação.

Direitos autorais como regime jurídico da circulação da informação

A principal forma de difusão da informação, seu veículo preferencial, é sem dúvida a escrita. Como tal, sua circulação é controlada primordialmente pelo regime dos direitos autorais¹⁰. A Lei 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais) estipula em seu Art. 7º, I, que são protegidos “os textos de obras literárias, artísticas ou científicas”.

E o mesmo índice legal, em seu art. 4º, estabelece que “interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”. Portanto, enquanto sujeito ao prazo de proteção legal¹¹, nenhum uso de uma obra é possível sem a permissão do titular de seus direitos autorais.

Existe extensa polêmica sobre o tema das concessões de sucessivas extensões de prazos

7 DANTAS, Marcos. A lógica do capital-informação. A fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais. p. 142. Rio de Janeiro: Contraponto, 2 ed. rev., 2002.

8 SEGAL, Lynn. *The dream of reality: Heinz von Foerster's constructivism*. p. 72. New York: Springer-Verlag, 2001.

9 BARBOSA, Cláudio R. Propriedade Intelectual: Introdução à propriedade intelectual como informação. p. 172. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

10 Ainda que tais informações possam estar submetidas a níveis adicionais de proteção, como é o caso das patentes inventivas.

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

protecionais de direitos, sempre direcionados para uma indústria de notável poder econômico e influência política, do qual o melhor exemplo talvez seja o caso *Eldred vs. Ashcroft*¹².

É compreensível que grandes empresas de mídia atuem politicamente para manter seus lucrativos produtos culturais sob suas esferas de domínio. Mas ao ampliar a proteção indiscriminadamente, atingem tanto os produtos culturais em comercialização quanto aqueles cujo ciclo de vida econômica tradicional já se esgotou, impedindo sua reutilização – vale dizer, sua livre circulação.

Adicionalmente, nenhuma espécie de registro é necessário para tal proteção. O *caput* do Art. 7º diz que são “obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte”, enquanto seu Art. 18 estabelece que a “proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”. O registro em direito autoral é facultativo e meramente declaratório, não constitutivo.

Obras Órfãs e Fora de Catálogo

Este conjunto de fatores – interpretação restritiva, longos prazos protetivos, e proteção automática – contribui para a existência de muitas **obras órfãs**, obras que continuam sujeitas ao regime de proteção autoral, ao mesmo tempo em que é difícil determinar quem são seus titulares. As obras podem se tornar “órfãs” por várias razões: não há registro de seu titular, este vendeu os direitos patrimoniais e não registrou a transferência, ou faleceu e seus herdeiros não podem ser localizados... a lista é longa.

Com frequência, obras órfãs se tornam obscuras independentemente de quão valioso seja o material nelas contido. A insegurança jurídica que as rodeia afasta criadores futuros, por medo de arcar com indenizações no caso da emergência de seu titular.

De forma análoga, grande parte do catálogo de livros existente é composto por **obras esgotadas**, fora de catálogo e *ipso facto* fora de circulação do mercado editorial, normalmente trabalhos cujo ciclo de vida econômica (tradicional) encerrou-se naturalmente.

Ainda que seja possível, em tese, localizar seus titulares, usualmente são trabalhos cujos titulares

12 No caso em questão, foi arguida a inconstitucionalidade de legislação passada pelo Congresso americano aumentando retroativamente o prazo protecional de direitos autorais, e na prática impedindo que diversos produtos culturais entrassem no domínio público (entre eles o *Mickey Mouse*). A tese foi sustentada pelo Prof. Lawrence Lessig. A decisão da Suprema Corte americana foi no sentido de preservar a discricionariedade do Congresso, mantendo a legislação.

não detém mais interesse econômico direto em explorá-los, seja pelo encerramento de contratos de edição, seja pelos custos de atualização ou reimpressão.

O Prof. Jaimes Boyle denomina esse patrimônio cultural inacessível de “buraco negro do século 20” (*20th-century black hole*): enormes quantidades de matéria atraídas por uma força acachapante em direção a um *vortex* inacessível do qual nem a luz consegue escapar. De acordo com ele, tal força seria a legislação de direitos autorais, e a matéria sugada num epicentro inacessível seria nossa cultura coletiva¹³.

Domínio Público

O conhecimento não se cria a partir do nada; o conceito de *feedback*, da retroalimentação, é central no seu modo de produção. Conceitos se superpõem, se influenciam e se reciclam para a criação do novo. O material da cultura é seu próprio tecido. O repositório cultural comum a todos é o domínio público, para onde vão as obras cujo prazo protecional se esgotou.

Pelo arcabouço legislativo em vigor, se uma obra está no domínio público, qualquer um pode reproduzir, distribuir, criar obras derivadas, representar ou exibi-la publicamente sem necessidade de permissão ou pagamento.

Os limites legais para o uso de obras protegidas pelo direito autoral sem permissão (como os dispostos no Art. 46 da Lei 9.610/98) são taxativos, e as circunstâncias para sua aplicação são suficientemente ambíguas para impedir seu uso. Devido à necessária interpretação restritiva imposta pela exegese do Art. 4º, a segurança jurídica absoluta somente é possível pela via declaratória, onerosa e demorada.

Enquanto uma obra estiver sob a proteção do direito autoral, as pessoas devem obter as devidas permissões (e pagar ao titular de direitos) para obtenção dos direitos descritos acima. O titular de direitos autorais pode ou não conceder tais licenças, de forma exclusiva ou não, e a seu total alvedrio. Uma recusa em conceder licenças não precisa ser motivada.

Dado o grande volume de publicações do século passado e a atual duração dos prazos protetivos do direito autoral, podemos dizer que o número de livros atualmente no domínio público é relativamente pequeno em relação ao número de livros ainda sob proteção.

13 BOYLE, Jaimes. *Google Books and the Escape from the Black Hole*. Disponível em <http://www.thepublicdomain.org/2009/09/06/google-books-and-the-escape-from-the-black-hole/> em 14/09/09.

Também podemos dizer com segurança que a maioria de tais livros está fora de catálogo. O mercado comercial oferece acesso limitado aos livros fora de catálogo, usualmente por meio de sebos ou livrarias *online*. As bibliotecas supostamente providenciam acesso a tais livros¹⁴, mas apresentam o problema do acesso (físico) às próprias bibliotecas, já que os grandes acervos de pesquisa estão limitados aos grandes centros universitários.

Então o que está acontecendo com estes milhões de livros fora de catálogo presumivelmente residentes nas estantes das bibliotecas ou em depósitos? Livros são impressos em papel, material ácido, e lentamente se decompõem no tempo.

À medida que restam menos cópias e elas se tornam mais frágeis, tais livros param de circular ou de ficar disponíveis para empréstimos inter-bibliotecas, tornando-os virtualmente inacessíveis para leitores potenciais¹⁵. Em outras palavras: a informação neles contida perde seu valor pela falta de circulação, diminuindo a eficiência de um sistema social baseado no conhecimento.

Para o Prof. Eben Moglen, as muitas extensões retroativas de termos de proteção de direitos autoras mantém essencialmente todas as obras, que de outra forma teriam sua proteção expirada, fora do alcance do domínio público por toda uma geração¹⁶.

Google Book Search

O Google, através de convênios com as principais bibliotecas de pesquisas norte-americanas, já digitalizou os textos de mais de sete milhões de livros das maiores bibliotecas norte-americanas para o seu serviço de busca de livros (*Google Book Search*, ou GBS), e processou as cópias digitalizadas para indexar seus conteúdos, permitindo a pesquisa *online* do inteiro teor das obras.

A versão inicial do serviço permite que seus usuários façam o *download* da totalidade dos livros que estejam no domínio público (aproximadamente um milhão até agora), e torna disponíveis apenas

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

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

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

pequenos trechos quando tais livros ainda estejam sujeitos aos direitos autorais, a não ser que seu titular tenha permitido a exibição de trechos maiores. O acervo total a ser digitalizado é da ordem de 32 milhões de livros.

Em meados de 2005 o *Authors Guild*, que contava na época com aproximadamente 8.000 membros, e outros membros do mercado editorial processaram o Google por infração a direitos autorais, por conta do serviço GBS.

O Google argumentou que sua digitalização, indexação e amostragem de trechos era um uso não infringente, pois promovia um maior acesso público aos livros, e que removeria do catálogo todo livro digitalizado cujo titular oferecesse objeções. A decisão de mérito foi sobrestada com o anúncio de um acordo entre as partes, o qual ainda está pendente de apreciação por um juiz federal em Nova Iorque.

O acordo traz dois pontos principais, um para a disponibilidade de obras órfãs e foras de catálogo e outro relativo aos titulares de direitos e aqueles que querem licenciar as obras que controlam. Primeiro, daria ao Google a capacidade de ofertar tais obras ao público com segurança, tanto na forma “pesquisável” quanto em cópias completas, adquiríveis (fisicamente ou em *e-books*, ou ainda mediante assinaturas).

Esta é uma vitória para o público, o qual pode não apenas encontrar obras de cujo existência desconhecia, mas descobrir em quais bibliotecas a obra está disponível ou acessá-las diretamente de forma remota. Também é uma vitória para o Google, que já estava oferecendo este acesso, mas sujeito a um potencial passivo judicial por infração a direitos autorais.

Nestes termos, 20% de qualquer trabalho cujo titular não eleja estar fora do acordo (*opt-out*) estará disponível gratuitamente; o acesso completo poderá ser adquirido. Isto garante mais acesso aos materiais fora de catálogo do que a proposta inicial do próprio Google. Na medida em que esta categoria constitui até 75% dos livros das bibliotecas a serem digitalizadas, esta iniciativa é muito importante¹⁷ para começar a resolver o problema do “buraco negro do século 20”.

O acordo demanda ainda a criação de um órgão de registro, a ser operado por uma organização não-governamental formada por membros das editoras e representantes dos autores (integrantes da lide, bem dito). O *Book Rights Registry* (BRR, ou simplesmente Registro) dá aos autores um local para

17 LESSIG, Lawrence. *On the Google Book Search agreement*. 2008. Disponível em http://www.lessig.org/blog/2008/10/on_the_google_book_search_agre.html em 14/09/09

identificar-se e receber pagamentos pelo uso dos livros feito pelo Google, incluindo uma parcela da renda da compra e de anúncios.

Apesar de que tais obras órfãs possam estar atualmente negligenciadas e fora de catálogo, elas podem mesmo assim ser úteis para a pesquisa acadêmica, especialmente se forem fáceis de se pesquisar – que é precisamente o serviço providenciado pelo Google.

Muitos destes livros são monografias científicas que receberam pouquíssima atenção e estão fora de catálogo por décadas. O uso criativo destas novas potencialidades de pesquisas tornadas possíveis pela digitalização pode permitir novas descobertas acadêmicas. O benefício marginal será maior para pesquisadores sem acesso direto às grandes bibliotecas ou que não moram em grandes cidades¹⁸.

A criação de tal registro é benéfica tanto para autores de livros hoje “órfãos” e para aqueles que querem utilizá-los: providencia um modo dos autores “desorfanarem” suas obras e um modo para os usuários localizarem tais titulares previamente desconhecidos para obtenção das licenças para uso de tais obras (nas obras de Dickens, os órfãos frequentemente encontram seus pais...), diminuindo o número total de obras órfãs. Finalmente, o Registro poderá receber compensações financeiras em nome de tais titulares desconhecidos¹⁹.

Os benefícios e dividendos de tal acordo são múltiplos; ganha o Google, ao fazer rios de dinheiro com a venda de anúncios, acessos e *e-books*; ganham os editores e autores, que ficam com a fatia do leão de tais valores (e incidentalmente ganham um registro atualizado para facilitação de negócios); as escolas, empresas e universidades ganham a possibilidade de assinaturas ao catálogo digital completo (com acesso gratuito para bibliotecas públicas); as bibliotecas participantes ganham a digitalização de seu acervo; o público como um todo ganha ao avançar na questão do acesso às obras órfãs, e ao obter acesso completo para todas as obras em domínio público²⁰.

Principais críticas

Como é natural num negócio desta magnitude, e com tantas implicações, o acordo sofreu diversas

18 HAUSMAN, Jerry A., SIDAK, Gregory. *Google and the proper antitrust scrutiny of orphan books*, p. 421. *Journal of Competition Law & Economics*, 5(3), 411–438

19 PERLMAN, Jef. *Google Book Search and Orphan Works*. Disponível em <http://www.publicknowledge.org/node/1843> em 14/09/09.

20 GRIMMELMANN, James. *How to Fix the Google Book Search Settlement*. p. 12. *Journal of Internet Law*, Vol. 12, Nr. 10. Aspen Publishers. Abr/2009.

críticas (já está inclusive sob escrutínio do órgão americano de defesa da concorrência). As primeiras críticas vieram exatamente do *front* anti-truste. Por meio deste acordo, o Google terá o mercado de pesquisas em livros e de *download* de obras órfãs / foras de catálogo praticamente para si. É preciso lembrar, porém, que tal mercado hoje é irrelevante; por definição, são obras cujo potencial econômico está disperso.

A própria estrutura de um acordo firmado no âmbito de uma *class action*, por si só, já é uma barreira eficaz contra a concorrência – qual a garantia de que um concorrente obterá esta mesma insulação contra processos, caso comece a digitalizar acervos? (Aqui temos a figura do *first-sued*, que arcou com o risco de digitalizar por conta, e de ser processado antes; logo, é quem pode obter um acordo favorável. Parte da estratégia da empresa, que parece ter funcionado). Nenhum autor ou editor poderia competir com tais termos, e nenhum outro serviço de busca teria a imunidade dada ao Google pelo acordo.

O Google se defende das acusações de que terá o monopólio das obras órfãs e fora de catálogo com alguns argumentos, entre eles a notícia de que pretende oferecer acesso ao catálogo para concorrentes. Numa recente reunião de um comitê do Congresso americano (*U.S. House of Representatives Judiciary Committee*), chamado para discutir a questão, o Google anunciou que vai hospedar *online* os livros digitais (fora de catálogo), e varejistas como a Amazon, a Barnes & Noble ou qualquer livraria local poderão vender o acesso para usuários em qualquer aparelho com conexão à Internet²¹.

O Registro também constitui uma ameaça em termos anti-truste. Irá atuar como uma nova entidade de gestão coletiva de direitos, representando os interesses de autores e editores. A concentração de poderes nesta *clearing house* – para oferecer licenciamentos de obras de terceiros, para negociar contratos, para recolher pagamentos – apresenta o potencial para criação de um cartel para fixação dos preços de livros, ainda que tal ocorrência não pareça provável²².

Ainda nesta linha de argumentos, entidades como o *Public Knowledge*, organização voltada para o avanço do domínio público, dizem que o beneficiário principal do acordo será o Google em detrimento de uma política de acesso amplo, que nivele o campo concorrencial e permita um acesso mais inclusivo aos artefatos culturais de nosso passado recente.

21 BARTZ, Diane. *Google to share scanned books with rivals*. Disponível em <http://www.reuters.com/article/technologyNews/idUSTRE58873J20090910?feedType=RSS&feedName=technologyNews> em 14/09/09

22 HAUSMAN, Jerry A., SIDAK, Gregory. *Google and the proper antitrust scrutiny of orphan books*, p. 418. *Journal of Competition Law & Economics*, 5(3), 411–438

Além das acusações de criação de monopólio, é fundamental a preocupação com a proteção do consumidor, especialmente do ponto de vista da formação de preços, e da privacidade. Os termos atuais do acordo possibilitam um comportamento opressivo por parte do Google. Para o Prof. Jaimes Boyle, o Google tem a chave de sua biblioteca e pode monitorar a sua leitura²³, já que a princípio não será possível o *download* de tais livros digitais.

Para a *Electronic Frontier Foundation*, existe uma ampla expectativa de privacidade da qual desfrutamos quanto o assunto são livros e leitura; por exemplo, caso alguém suspeite ter uma doença grave, pode ir em uma livraria e procurar livros sobre o tema, e o seu prêmio de seguro não subirá em razão disso, já que a seguradora não terá acesso aos dados de leitura daquela pessoa; ou um escritor que esteja pesquisando sobre movimentos políticos poderá ler o que quiser sobre fascismo, nazismo, fundamentalismos e terrorismo sem medo de cair sob o escrutínio de agências de segurança. Mas tal privacidade pode se erodir à medida em que os livros entram no mundo digital, no qual todo clique deixa um registro²⁴.

E mais: bens públicos deveriam ser amplamente acessíveis. Apenas por ofertar o serviço de buscas e ao processar pagamentos, o Google e o Registro vão criar bases de dados extremamente úteis sobre informações de direitos autorais de livros. Tais bancos de dados são bens públicos clássicos, e nem o Google ou o Registro necessitarão de direitos exclusivos sobre eles como incentivos²⁵.

Governança e auto-regulação

As respostas aos pontos levantados acima são fundamentais para que não se gere uma nova situação de desequilíbrio (o Google tem argumentado que vários destes fatores serão ajustados antes da versão final do acordo, e que muitas destas críticas não teriam vez caso o sistema da legislação de direitos autorais não fosse tão absurdamente desequilibrado em favor de determinado setor da economia).

Mas, essencialmente, este acordo representa uma resposta sistêmica a uma situação de desequilíbrio causada pela proteção excessiva a determinado setor, suficiente para afetar a eficácia de uma

23 BOYLE, Jaimes. *Google Books and the Escape from the Black Hole*. Disponível em <http://www.thepublicdomain.org/2009/09/06/google-books-and-the-escape-from-the-black-hole/> em 14/09/09.

24 D'ANDRADE, Hugh. *Don't Let Google Close the Book on Reader Privacy!* Disponível em <http://www.eff.org/deeplinks/2009/07/take-action-dont-let-google> em 14/09/09

25 GRIMMELMANN, James. *How to Fix the Google Book Search Settlement*. p. 12. *Journal of Internet Law*, Vol. 12, Nr. 10. Aspen Publishers. Abr/2009.

sociedade baseada no conhecimento, para a qual interessa a circulação da e o acesso à informação. Na melhor tradição do “*code is law*”²⁶, o acordo é uma solução tecnológica e privada para um problema causado pelo aparelho estatal; o mercado e a arquitetura convergindo para solução de um problema causado pela lei.

Não significa dizer que tal acordo possa prevalecer à revelia do Estado; tanto é que seu único foro possível é por meio da *class action*. Como afirmado na introdução deste trabalho, os direitos autorais são direitos fundamentais tanto do seu titular quanto, simultaneamente, da sociedade.

Esta sua natureza dual, reflexa por exemplo nos mecanismos de gestão coletiva de direitos, torna imprescindível que se garanta a existência de *checks and balances* para que não se criem situações monopolistas; é imprescindível o acesso, ou a possibilidade de acesso, por meios alternativos.

Conclusão

A transparência e possibilidade de auditoria do sistema são fundamentais. Caso o Google se torne um gargalo no acesso público aos livros, há o risco de que se torne secretamente um censor do sistema; hoje, por exemplo, nos acostumamos a confiar nos resultados de nossas buscas junto ao site, mas não há meios de saber quais as informações que são deixadas de fora de tais resultados...

O Google certamente não vai querer distribuir livros dos quais fortemente discorda, ou dos quais teme um passivo judicial. Tais objetivos podem ser conciliados; é necessário ter as garantias de que quando o Google escolha não disponibilizar tais obras, deixe canais alternativos de acesso abertos ao público.

O acesso eletrônico aos acervos de pesquisa é uma solução tecnologicamente superior ao acesso físico direto aos livros. A maioria das bibliotecas e seus usuários se beneficiarão deste serviço. O potencial acadêmico é fantástico, especialmente para pesquisadores afastados dos grandes centros de pesquisa, permitindo uma geração direta de maior conhecimento pela maior circulação de informação.

É fato também que a maior utilização de obras órfãs e foras de catálogo apresenta um aumento na eficiência econômica e grande potencial para satisfação de demandas de consumidores. Hoje o mercado para livros fora de catálogo e órfãos é restrito; é fácil ver como a estrutura de

²⁶ No já clássico *Code is Law* (1999), Lawrence Lessig afirma existir um equilíbrio entre a lei, as normas, o mercado e a arquitetura (código) como fontes do Direito.

comercialização de livros de segunda mão poderia se beneficiar ao anunciar seus catálogos junto com os arquivos digitais, ou realizar edições *on demand* de tais obras. Ao que parece, este acordo abre um horizonte para salvação da indústria cultural apesar dela mesma, ao trazer todo o mercado editorial para o século 21.

Mas o potencial revolucionário do acordo é o fato de que os livros estão sendo escaneados, e seus conteúdos estarão disponíveis *online*. Se é verdade que haverá grande concentração de poder nas mãos do Google e do Registro – e, como visto, algumas das críticas dizem respeito a aspectos chave do funcionamento de uma sociedade baseada no conhecimento e na maneira como nos relacionamos com a cultura – e que tais críticas necessitam de análise e reflexão por parte dos encarregados da apreciação do acordo, não é menos verdade que é o mais próximo que já se chegou de uma verdadeira democratização do conhecimento e do acesso ao saber, e ao patrimônio cultural global condenado ao esquecimento pela atual legislação de direitos autorais.

Além dos campos (essenciais) da cultura e do saber, o acordo apresenta farto material para reflexão sobre o papel do Estado e do modo tradicional de se fazer política nesta fase do capitalismo pós-industrial, globalizado e conectado. Foi preciso um acordo entre entidades privadas diretamente interessadas – de um lado, o gigante de buscas, de outro representantes de uma indústria em rápida transição – para cortar o nó górdio deste gigantesco patrimônio cultural que estava se perdendo.

Enquanto o Estado, que deveria ser o principal interessado na manutenção dos *commons*, os “baldios”²⁷ compreendidos no patrimônio cultural comum que é a matéria-prima do saber e do conhecimento, quedava-se inerte, presa do discurso maximalista de proteção, que avançou galopantemente em 15 anos na imposição de exclusivos à sombra do Direito de Autor²⁸.

Bibliografia:

ARAÚJO, Fernando. A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios – O Problema Econômico do Nível Ótimo de Apropriação. Almedina: 2008.

BARBOSA, Cláudio R. Propriedade Intelectual: Introdução à propriedade intelectual como

27 Ver ARAÚJO, Fernando. A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios – O Problema Econômico do Nível Ótimo de Apropriação. Almedina: 2008.

28 ASCENÇÃO, José de Oliveira. Modelos Colaborativos em Direitos Autorais. p. 9. *in* GRAU-KUNTZ, Karin, e BARBOSA, Denis Borges (org.). Ensaio sobre o Direito Imaterial. Estudos dedicados a Newton Silveira. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

informação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARTZ, Diane. *Google to share scanned books with rivals*. Disponível em <http://www.reuters.com/article/technologyNews/idUSTRE58873J20090910?feedType=RSS&feedName=technologyNews> em 14/09/09.

BOYLE, Jaimes. *Google Books and the Escape from the Black Hole*. Disponível em <http://www.thepublicdomain.org/2009/09/06/google-books-and-the-escape-from-the-black-hole/> em 14/09/09.

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

D'ANDRADE, Hugh. *Don't Let Google Close the Book on Reader Privacy!* Disponível em <http://www.eff.org/deeplinks/2009/07/take-action-dont-let-google> em 14/09/09.

DANTAS, Marcos. *A lógica do capital-informação. A fragmentação dos monopólios e a monopolização dos fragmentos num mundo de comunicações globais*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2 ed. rev., 2002.

GRAU-KUNTZ, Karin, e BARBOSA, Denis Borges (org.). *Ensaio sobre o Direito Imaterial*. Estudos dedicados a Newton Silveira. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

GRIMMELMANN, James. *How to Fix the Google Book Search Settlement*. Journal of Internet Law, Vol. 12, Nr. 10. Aspen Publishers. Abr/2009.

HAUSMAN, Jerry A., SIDAK, Gregory. *Google and the proper antitrust scrutiny of orphan books*. Journal of Competition Law & Economics, 5(3), 411–438

LESSIG, Lawrence. *Copyright law and roasted pig*. 2002. Disponível em <http://www.lessig.org/content/columns/red2.pdf> em 14/09/09.

LESSIG, Lawrence. *On the Google Book Search agreement*. 2008. Disponível em http://www.lessig.org/blog/2008/10/on_the_google_book_search_agre.html em 14/09/09.

MOGLEN, Eben. *Moção de Amicus Curiae da Free Software Foundation in Support of Petitioners Eric Eldred, et al., v. John D. Ashcroft On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, No. 01-618. 2002. Disponível em <http://www.mirror5.com/philosophy/eldred-amicus.pdf> em 14/09/09.

MONTUSCHI, Luisa. *Datos, Información y Conocimiento. De la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento*. Nro. 192. Universidad del CEMA: Buenos Aires, 2001.

PELLANDA, Nize Maria Campos. *Conversações: modelo cibernético da constituição do conhecimento/realidade*. p. 1381. Educ. Soc., Campinas, vol. 24, n. 85, p. 1377-1388, dezembro 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v24n85/a14v2485.pdf> em 14/09/09

PERLMAN, Jef. *Google Book Search and Orphan Works*. Disponível em

<http://www.publicknowledge.org/node/1843> em 14/09/09.

SEGAL, Lynn. *The dream of reality: Heinz von Foerster's constructivism*. New York: Springer-Verlag, 2001.