

DIREITO DE AUTOR E DIREITO DE ACESSO: OS LIVROS ELETRÓNICOS, AS BIBLIOTECAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DE ESGOTAMENTO

António Machuco Rosa

1. O suporte físico e a autonomia da obra

A fundamentação do *copyright* e do direito de autor deve considerar a evolução histórica que levou à progressiva autonomização da obra em relação ao seu suporte físico. Essa diferença de níveis não é à partida evidente, como testemunha o facto de a autonomia da obra, enquanto bem intangível distinto do seu suporte material, ter necessitado vários séculos até ser compreendida. Durante muito tempo, a obra – aquilo que por vezes se designava pelo “discurso” – era pensada como indissociável da “coisa”, do suporte material, que a veiculava. Assim, no século XVII, e em França, durante a famosa querela subsequente publicação do *Cid* de Corneille, a ideia dominante era que quando um manuscrito era cedido (na forma de uma venda, ou outra) todos os direitos que podiam estar associados a esse manuscrito eram igualmente cedidos (cf. EDELMAN, 2004, p. 142 e sq.). Em consequência, uma vez um manuscrito cedido a um editor, este adquiria o direito de o duplicar. Igualmente permissível era a alteração do manuscrito, facto contra o qual, não poucas vezes, os autores se insurgiam (caso de Molière, referido por EDELMAN, idem, p. 143). O discurso, a obra, estava completamente subordinado ao manuscrito físico do qual era pensado como inseparável. Dito de forma simples, não existia então qualquer direito de autor.

Uma certa noção de direito de autor vai formar-se progressivamente ao longo do século XVIII. A primeira lei que efetivamente regula o *copyright* foi publicada em 1710, o *Statute of Anne*. Ela já mencionava “autores”, bem como a necessidade em encorajar os “homens educados a compor e escrever livros úteis”.¹ Contudo, as querelas que se seguiram respeitando a interpretação dessa lei mostram que os reais interesses dos autores estavam praticamente ausentes das discussões que se sucederam durante boa parte do século XVIII, e que o fundo da questão residiu nos interesses conflitantes entre os editores de Londres e os editores operando nas províncias da Grã-Bretanha.²

¹ Cf. o texto da lei em *Primary Sources on Copyright*: <http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRecord.php?id=record_uk_1710>.

² ROSE, 1993, faz uma análise detalhada das controvérsias desencadeadas pelo *Statute of Anne*.

Sobretudo, estava ausente dessas querelas uma reflexão aprofundada sobre as relações entre a obra objecto de proteção e o seu suporte físico.

É talvez apenas com os pensadores alemães de finais do século XVIII e início do século XIX que aparece aquilo que pode ser designado como uma teoria personalista do direito de autor. É no quadro dessa teoria que se coloca o autor como fundamento da obra a ser protegida, distinguindo-se entre a sua criação e o suporte material que a ela está associada.

Um dos primeiros a fundar filosoficamente a emergência da concepção do autor livremente criador foi Gotthold Lessing. Ele operou na concepção da arte uma revolução copernicana análoga àquela que colocou o indivíduo autônomo como centro fundador das sociedades modernas (PETITOT, 2005). Tradicionalmente, a arte, a criação, era vista segundo o modo da *imitatio*: a obra sensível era uma simples imitação da ordem inteligível, de um modelo. O verdadeiro artista era aquele que mais fielmente reproduzia o modelo, a começar pela imitação dos grandes artistas do passado. Pelo contrário, em Lessing a obra torna-se autônoma ao possuir um sentido imanente que lhe é conferido pelo seu criador. Esse sentido imanente é plenamente conseguido quando a obra é genial.

É precisamente esse ponto que vai ser aprofundado pela totalidade do movimento romântico, a começar por Immanuel Kant, que sustentou na sua *Crítica da Faculdade de Julgar* que o autor genial não é guiado por regras explícitas que ele se limitaria a seguir. Pelo contrário, o génio “é o talento que dá regras à arte”; é aquilo que não pode ser aprendido e que “é totalmente oposto ao espírito de imitação, donde ter de ser original” (§ 46 da *Crítica da Faculdade de Julgar*). Paralelamente à sua teoria do génio, Kant desenvolveu de forma sistemática uma nova concepção sobre a personalidade jurídica do autor no seu texto *Acerca da ilegitimidade da reprodução dos livros* (KANT, 1995). Nele afirma-se “que a propriedade que um autor tem sobre os seus pensamentos [...] é conservada, não obstante a reprodução” (Idem, p. 119), assim se conferindo uma realidade autônoma aos “pensamentos”. Quanto à função do editor, para Kant a sua tarefa não é vender uma mercadoria, mas sim “conduzir um processo em nome de um outro” (Idem, p. 120). Esse “outro” é o autor, em nome de quem o editor fala. O editor é um mero mandatário do autor, aquele através do qual este se dirige ao público. Mero intermediário da palavra original do autor, o editor deve respeitar a integridade da obra (Idem, p. 129), com a contrapartida de deter a exclusividade da edição dessa obra que ele difunde em nome de outro. O passo seguinte de Kant consistiu em definitivamente autonomizar o livro (o discurso enquanto expressão dos pensamentos do autor) do seu suporte material (o livro enquanto objeto físico). Este último é apenas uma *opus*, diferente de uma *opera*: apenas a *opera* é um discurso “que existe numa pessoa” (Idem, p. 131), “pertence exclusivamente à pessoa do autor, sob a qual ele possui um direito

inalienável”, o qual é o direito “de discursar sempre ele próprio através de qualquer coisa de outro, a saber, através do editor e do livro material” (Idem, p. 133). Portanto, encontra-se clara a ideia de que o discurso não pode ser vendido. Ele permanece sempre uma propriedade do autor. Esta ênfase no autor como fonte de um discurso que não pode ser alienado a outros é portanto um modo de estabelecer a separação clara entre o discurso e a sua encarnação material num certo suporte físico. Decorrendo daí a ideia de que o discurso não pode ser vendido, decorre também que o livro enquanto suporte físico não pode ser protegido por qualquer direito de autor, pelo que, presume-se, ele pode, em quaisquer circunstâncias, ser vendido.

A autonomia do discurso por relação à matéria em que ele se encarna e o direito inalienável que ele envolve vai ser tornada ainda mais precisa no texto de Gottlieb Fichte *Prova da ilegitimidade da reprodução dos livros* (in KANT, 1995). Para além da distinção entre suporte material e discurso, Fichte distingue entre o “material” ou conteúdo dos pensamentos e a “forma” que os moldou. O material são as ideias e a forma é o modo único de as combinar. É esse modo único, manifestação da originalidade individual, que constitui a verdadeira fonte de um direito de autor, de uma propriedade. Logo, ninguém poderá “usurpar a posse da propriedade exclusiva da forma” (Idem, p. 146). O autor jamais transfere para o editor “a forma dos pensamentos, que permanece definitivamente sua propriedade” (Idem, p. 150). O conteúdo do livro é “propriedade permanente do autor” (Idem, p. 151), e o “direito de autor [...] é um direito de propriedade natural, inato, inalienável” (Idem, p. 153). Assim, com Fichte, lançam-se o que seriam os princípios fundadores da chamada tradição europeia dos direitos de autor, nomeadamente na sua ênfase nos direitos morais de autor (por diferença em relação aos direitos patrimoniais): existe um direito de autor que apenas incide sobre a expressão (a “forma” de Fichte), e não quer sobre as ideias (o “material”), quer sobre o suporte físico. A expressão está ligada de forma inalienável à pessoa do autor. Ela é “inalienável, irrenunciável e imprescritível”, nos termos do artigo 56º, § 2 do actual Código português do Direito de Autor.

O que importa reter desta sinopse histórica da evolução do direito de autor é que a obra fica associada à personalidade criativa de um autor e torna-se completamente autónoma em relação ao seu suporte material. O direito de autor não “contamina” esse suporte, o qual fica sujeito a condições de propriedade em nada definidas por qualquer lei do direito de autor, antes sendo regulado pelo quadro legal respeitante à propriedade de objetos físicos. Constitui um traço desta conceção personalista do direito de autor o facto de os direitos sobre a exploração económica da obra serem relegados para segundo plano, ou estarem mesmo, como no caso da elaboração filosófica de Fichte, praticamente ausentes. Em si mesmos, os direitos morais de autor não respeitam aos aspetos económicos relacionados com vendas, cópias ou distribuição. O direito do autor é inalienável. A única proteção é a da personalidade do autor exprimida na sua

obra. Desde que essa personalidade seja respeitada – se ninguém plagiar ou mutilar a obra –, o destino do discurso incorporado no livro físico é irrelevante.

2. Os fundamentos do *copyright* e o princípio de esgotamento

A tradição anglo-saxónica do *copyright* difere sob diversos aspectos da tradição europeia, nomeadamente no facto de ela apenas recentemente ter incorporado os direitos morais de autor. Os direitos económicos ou patrimoniais sempre foram mais importantes. O fundamento dessa tradição é o utilitarismo, como se verá mais abaixo. Mas a consagração da autonomia do discurso em face do suporte ocorreu, no nível legislativo, bastante cedo. O momento decisivo foi o caso *Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, cujo desfecho levou a que a lei do *copyright* norte-americana de 1909 formulasse a regra que ficou conhecida como o princípio do esgotamento após a primeira venda. O seu fundamento é o seguinte:

the copyright is distinct from the property in the material object copyrighted, and the sale or conveyance, by gift or otherwise, of the material object shall not of itself constitute a transfer of the copyright, nor shall the assignment of the copyright constitute a transfer of the title to the material object; but nothing in this Act shall be deemed to forbid, prevent, or restrict the transfer of any copy of a copyrighted work the possession of which has been lawfully obtained. (*Copyright Act* de 1909, § 41)

A distinção entre *copyright* e suporte foi sendo reafirmada ao longo dos anos, e ela também passou a fazer parte integrante dos Códigos europeus, como sucede no caso do Código português:

O direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação (art. 10º, §1).

A lei deixa claro que o *copyright* está omissa do suporte físico. As restrições que o *copyright* impõe à circulação da informação não se aplicam ao objeto físico singular (o exemplar) que lhe serve de suporte. A reprodução e a distribuição são realidades distintas, e o *copyright* não se aplica à distribuição do exemplar físico, o qual pode circular livremente. Não restringe, por exemplo, a venda, dádiva ou cópia (para uso privado) de cada exemplar da obra. Subjacente a essa distinção está a diferença entre bens não rivais, o tipo de bens aos quais o *copyright* se aplica, e bens rivais, aos quais

ele não se aplica. Essa distinção sempre foi o fundamento dos regimes do *copyright* e da propriedade intelectual em geral. Ela deve ser explicitada.

As propriedades objetivas que distinguem a informação (os “discursos”) dos bens físicos são a *não-exclusividade* e a *não-rivalidade*. Enquanto a informação é não-exclusiva e não-rival, os bens físicos são exclusivos e rivais. Sendo propriedades objectivas e intrínsecas, elas são anteriores a qualquer lei. No caso da informação, a lei que a protege é um artifício que torna em parte rival aquilo que em si mesmo é não-rival; já no caso dos bens físicos, a lei limita-se a reconhecer direitos de propriedade sobre um objeto cujo usufruto é rival ao nível do seu consumo.

Nos bens físicos, a exclusividade significa, em primeiro lugar, que, se eu disponibilizo um bem a uma colectividade ou a um outro indivíduo, é em geral possível reverter o processo, ou seja, é teoricamente possível que eu me volte a apropriar dele para meu uso exclusivo. A exclusividade significa, em segundo lugar, que o consumo do bem de modo algum produz algumas suas quantidades adicionais, nem tão pouco cria novos bens derivados do bem original. A propriedade de exclusividade existe em conjunto com a outra propriedade objetiva dos bens físicos: a sua rivalidade. Esta significa precisamente que o meu consumo impede idêntico consumo por parte de outro indivíduo, tal como faz diminuir a quantidade disponível do bem. O consumo de um produto alimentar rivaliza com idêntico consumo por parte de outro indivíduo: se eu consumo, então o bem deixa de poder ser consumido em idêntica proporção por parte de outro indivíduo.

Ao invés, a informação possui como dupla propriedade também objectiva a não-exclusividade e a não-rivalidade. Essas características são simétricas das propriedades objetivas dos bens físicos acabadas de descrever. A não-exclusividade reside no facto de a publicação de uma obra ser um processo irreversível, no sentido de ser bastante difícil tornar não público aquilo que anteriormente já foi tornado público. Decorre daí a obra poder ser livremente apropriada por qualquer um, donde, finalmente, ela poder entrar como componente da criação de uma nova obra – qualquer informação é informação *derivada* de outra informação. Por sua vez, a não-rivalidade consiste no facto de o meu consumo ou uso da obra em nada fazer diminuir a sua quantidade disponível: a minha audição de uma música em nada faz diminuir a possibilidade de idêntico consumo por parte de um qualquer outro número de indivíduos. A não-exclusividade torna a obra publicamente apropriável, enquanto a não-rivalidade faz com que qualquer apropriação não faça diminuir a possibilidade de infinitas e ulteriores idênticas apropriações.

Existe profunda diferença entre os bens físicos e a informação. Os bens físicos não se encontram sujeitos a uma lei de conservação: eles exaurem-se naturalmente e desaparecem por acção do seu consumo (dissipam-se). Ao invés, a informação

conserva-se: se eu reproduzo uma canção, a não-rivalidade significa que a canção se conserva. Mas não se conserva apenas: a informação *multiplica-se*. Se eu copio uma canção, passa a existir mais um exemplar adicionalmente ao exemplar inicial. Esta característica ainda se torna como que mais patente graças às modernas tecnologias digitais, nas quais a cópia não apenas multiplica *ad infinitum* o exemplar original como o faz eliminando quase que por completo a degradação física presente no acto de cópia. Portanto, a informação é um bem que se distribui ou difunde de modo *não conservativo* – sem no entanto se dissipar, ao invés do que sucede na generalidade dos processos físicos.

A não-exclusividade e não-rivalidade significam, em termos precisos, que a informação é *livre*. A reprodução da obra, com ou sem modificações, possui externalidades positivas caracterizadas por um número crescente de indivíduos a ela terem acesso, sem que isso implique um grande custo adicional para o seu consumo, e por a obra poder servir de base para outras obras futuras. As novas tecnologias digitais em rede vieram ainda reforçar essas externalidades por não só o acesso e reprodução terem custos praticamente nulos, como também terem tornado possível a distribuição a um custo muito baixo.

Se a informação não transporta consigo uma apropriabilidade natural por parte de um indivíduo, se a satisfação de um número de consumidores adicionais é feita a baixíssimo custo, a questão reside em saber de que modo se pode criar um regime de escassez onde ele naturalmente não existe. De facto, tudo aquilo que acabou de ser referido a propósito da informação supõe o seu estado “natural”. A escassez, o controlo do acesso, o aumento artificial do custo, exige uma saída de um tal “estado natural”. Essa “saída” é precipitada por um artifício, as leis de propriedade intelectual. É a emergência das leis de protecção da informação que introduz artificialmente a escassez em bens naturalmente não escassos. É a lei que exclui aquilo que não é exclusivo e que faz aumentar o preço de equilíbrio dos bens intangíveis. Por que existem leis de propriedade intelectual? Qual o seu fundamento? Ele é de natureza utilitarista. Assenta em fundamentos económicos que orientaram as legislações anglo-saxónicas, enquanto, como se viu, as legislações europeias assentaram também numa concepção personalista do direito de autor.

Do ponto de vista económico e do acesso aos bens, o fundamento da existência de leis de protecção intelectual reside na busca de um equilíbrio entre a *eficácia estática* e a *eficácia dinâmica* da informação.³ A eficácia estática consiste no facto de o bem criado dever ser disponibilizado pelo seu custo marginal, o qual tende para zero na enésima unidade produzida do bem de informação (sobretudo no caso da informação

³ Para uma análise detalhada da economia da informação, cf. LÉVÊQUE; MENIÈRE, 2003, e LANDES; POSNER, 2003.

digital). O bem-estar social seria, nesse caso, máximo, pois o produto seria consumido ao seu custo marginal. Desse ponto de vista, a informação é um bem coletivamente apropriável de forma quase livre. Só que esse estado de coisas pode ter como efeito a ausência de incentivos para que os criadores produzam efectivamente a informação. A introdução de leis de propriedade intelectual visa fornecer esse incentivo à criação. Ao mesmo tempo, esse tipo de leis provoca um racionamento, isto é, em cada dia da vigência da lei existe uma menor distribuição da informação na sociedade que aquela que existiria na ausência do dispositivo protetor. Ao criar incentivos introduzindo (alguma) escassez, a lei procura alcançar a eficácia dinâmica, a continuação a prazo da criação, apesar de assim fazer diminuir a eficácia estática: diminui-se o acesso à informação num certo momento para se ter mais informação ao longo do tempo. Portanto, a lei deve procurar um equilíbrio entre a eficácia estática que, pela sua ação, se perde e a eficácia dinâmica que se ganha. Esse ponto de equilíbrio entre apropriação pública e incentivo à criação seria aquele em que o bem-estar social seria máximo. Este é o fundamento utilitarista das leis de *copyright* e do direito de autor.⁴

As legislações actualmente existentes não se afastam muito do argumento acabado de apresentar. Assim, um artigo basilar da Constituição norte-americana de 1789 estatui que “o Congresso terá o poder [...] de promover o progresso das ciências e das artes ao assegurar por tempos limitados a autores e inventores o direito exclusivo dos respetivos textos e descobertas...” (Art. 1º, secção 8). Trata-se de, com a “finalidade de promover o progresso”, assegurar um direito exclusivo por tempos limitados. A finalidade da lei é garantir a ampla disseminação da informação. É essa finalidade que é perseguida pelo princípio do *copyright* de 1909, antes citado, e do qual decorre o princípio de esgotamento: as restrições impostas pelo *copyright* estão ausentes do objeto físico, o qual escapa assim ao controlo por parte dos detentores de direitos de autor (GEIST, 2002). Note-se que essa finalidade da protecção intelectual é geralmente aceite, como é claro quando a *World Intellectual Property Organization* afirma que a sua missão consiste em “promover a criação, disseminação, uso e protecção das obras da mente humana [...], visando um equilíbrio entre o estímulo da criatividade no mundo através de uma adequada protecção dos interesses morais e materiais dos criadores [...], protecção que é apenas um meio para um fim, o qual consiste na promoção da criatividade intelectual”. Portanto, de novo, a “protecção” é um meio para um fim. Ela não atribui quaisquer direitos de propriedade e, como veremos mais adiante, a própria protecção tem inúmeras exceções que visam precisamente encontrar o equilíbrio entre difusão da informação e incentivos à criação.

⁴ Cf. em particular a obra de Landes e Posner referida na nota anterior.

3. Livro analógico *versus* livro eletrónico

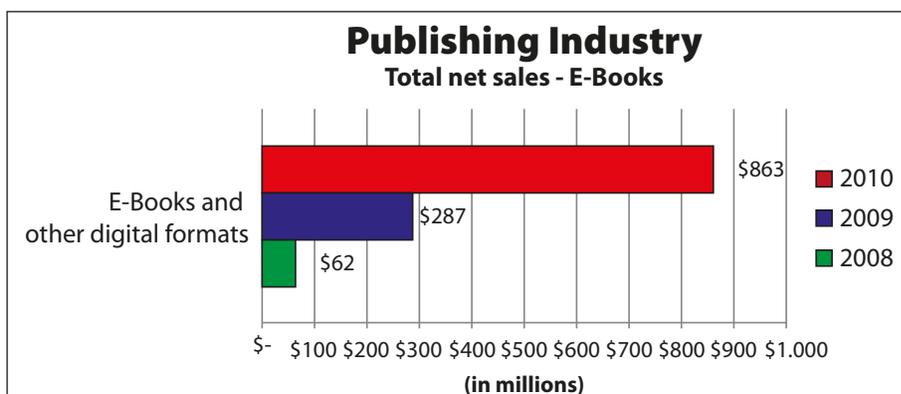
O *copyright* e o direito de autor estabeleceram-se definitivamente quando se distinguiu entre a natureza não-rival da informação e a natureza rival do seu suporte físico. Dessa distinção resultaram formas típicas de acesso e utilização do livro físico que perduraram até bem recentemente. O livro é um objecto físico sujeito ao princípio de esgotamento após a primeira venda. Nomeadamente, um leitor:

- compra o livro;
- torna-se seu proprietário;
- dá a utilização que quiser ao exemplar comprado;
- por exemplo, pode emprestá-lo, oferecê-lo, vendê-lo ou reproduzi-lo (para uso privado/não comercial);
- exceto devido a causas naturais, roubo ou às ações acabadas de mencionar, o leitor não é desapossado do livro.

Esta era a situação clássica de acesso e usufruto de livros. Ela estava em consonância com as leis de propriedade intelectual elaboradas no contexto da clara diferença entre informação e suporte físico. Só que essa situação tem vindo recentemente a sofrer uma alteração dramática. Esta decorreu do advento do digital e, mais especificamente, do surgimento de livros eletrónicos. Com o surgimento dos livros digitais eletrónicos iniciou-se a maior revolução que a tecnologia do livro sofreu desde a invenção da impressão mecânica por Gutemberg.⁵ Essa revolução ainda se acelerou mais com a invenção de dispositivos de leitura que suportam tinta eletrónica, desde o Kindle da Amazon aos leitores da Sony, passando por, mais em geral, os chamados *tablets*, como o Ipad. É perfeitamente possível antecipar que a leitura de livros em formato eletrónico, especialmente quando esse formato está suportado em tinta eletrónica, substituirá cada vez mais a leitura feita em suporte de papel.

Os números já existentes fundamentam essa antecipação. Vejam-se os quadros seguintes.

⁵ Cf. a declaração do fundador da Amazon, Jeff Bazos: "The physical book really has had a 500-year run. It's probably the most successful technology ever. It's hard to come up with things that have had a longer run. If Gutenberg were alive today, he would recognize the physical book and know how to operate it immediately. Given how much change there has been everywhere else, what's remarkable is how stable the book has been for so long. But no technology, not even one as elegant as the book, lasts forever". In *Newsweek*, Dec. 20, 2009.



Fonte: Association of American Publishers.

| Adult Fiction, Non-Fiction | YTD 2012 | YTD 2011 | Percent Change |
|----------------------------|-----------------|-----------------|----------------|
| Adult Hardcover | \$229.6M | \$223.5M | +2.7% |
| Adult Paperback | \$299.8M | \$335.0M | -10.5% |
| Adult Mass Market Paper | \$98.9M | \$124.8M | -20.8% |
| Downloaded Audio | \$25.0M | \$18.8M | +32.7% |
| eBooks | \$282.3M | \$220.4M | +28.1% |
| Adult Total | \$963.1M | \$946.0M | +1.8% |

Fonte: Association of American Publishers.

A alteração tecnológica está a ser acompanhada por uma igualmente profunda mudança no quadro legal de acesso e usufruto dos livros. A grande maioria dos livros eletrônicos disponibilizados para plataformas específicas de leitura (e.g. o Kindle) deixou de ser *vendida* para passar a ser *licenciada*. A indústria da edição de livros retomou assim uma prática que, no que concerne aos bens intangíveis assentes em informação, tinha sido inaugurada pela indústria de *software*. Até à década de 1980 do século passado, o *software* não era protegido pelo *copyright* ou pelo direito de autor. Foi isso que levou algumas empresas a desenvolver práticas de licenciamento do *software* que elas produziam (cf. ROTHCHILD, 2004). Essa prática do licenciamento está a generalizar-se na indústria dos livros, participando dessa forma de um movimento de privatização dos bens assentes em informação (cf. MACHUCO ROSA, 2009).

Uma licença é um contrato privado entre o licenciador e o indivíduo que acorda os termos da licença. Esses termos são comuns a praticamente todos os tipos de licenças que são propostos pelos actores comerciais da área do livro eletrónico. Um exemplo típico é a licença da Simon & Schuster:

Subject to your strict compliance with these TOU, S&S grants you a limited, personal, non-exclusive, revocable, non-assignable and non-transferable license to view, use and/or play a single copy of the Materials and download one copy of the Materials on any single computer for your personal, non-commercial home use only, provided that you retain all trademark, *copyright* and other proprietary notices contained in the Materials. The copying, reproduction, rearrangement, sales, leasing, renting, distribution, redistribution, modification, downloading, exchanging, creating of derivative works, uploading, posting, transmitting, or publication by you, directly or indirectly, of the Site or any Materials (as defined below) contained therein, except pursuant to the express limited grant of rights hereunder, is strictly prohibited.⁶

O efeito prático imediato deste género de licença consiste em que o livro deixa de ser vendido. O indivíduo que acorda os termos da licença não fica proprietário do livro. Ele apenas adquire um direito de acesso ao livro, um tipo de acesso e de utilização que é o definido pelos termos da licença. Quando, por exemplo, a Amazon propõe a “venda” de um livro eletrónico, a expressão “venda” é mistificadora, pois a empresa não está a “vender” realmente o livro, mas apenas a garantir certas condições de acesso, isto é, ela está a prestar um serviço. Os editores transferem para o domínio digital a lei que se aplica nos objetos analógicos, retêm da lei apenas as restrições e direitos de exclusividade que o *copyright* estipula, declaram irrelevante o suporte físico e assim omitem os usos legítimos, os quais procuram garantir que o objectivo da propriedade intelectual – garantir a criação e difusão da informação – sejam atingidos. As licenças implicam considerar a informação enquanto propriedade privada destinada a ser explorada em termos comerciais, contrariamente ao que vimos ser o fundamento das leis de proteção intelectual.⁷

Existe uma outra prática desenvolvida pela indústria do livro eletrónico que mostra a alteração radical que está a ocorrer nas formas tradicionais de acesso aos livros. Ela consiste em as licenças serem suportadas por *software* de *Digital Rights Management* (DRM), que é um tipo de código-fonte que impede que os termos da licença (por exemplo, aqueles que são mencionados na licença anteriormente transcrita) sejam contornados pelos utilizadores do livro. Os sistemas de DRM começaram a ser implementados em 2002 por empresas discográficas com o objectivo de impedir a cópia de música. Em larga medida abandonados por essa indústria, eles são hoje parte essencial da

⁶ *Simon & Shuster Licence Agreement*, disponível em: <http://www.simonandschuster.com/about/terms_of_use_popup?TB_iframe=true&height=430&width=440>

⁷ Cf. LESSIG, 2003, para uma argumentação detalhada desse ponto. Como também refere K. Olson: “The model for online publishing is shifting from a property-based system of transactions governed by *copyright* law to a contract-based system of transactions governed by whatever terms the market will bear, even if such terms do not further the pro-dissemination values inherent in the *Copyright* Clause and in *copyright* law” (OLSON, 2006).

estratégia comercial da indústria do livro. Os sistemas de DRM são arquiteturas que procuram implementar práticas restritivas de acesso através da própria tecnologia. Além disso, existem múltiplos diversos sistemas de DRM, o que em muitos casos torna a leitura de um livro numa plataforma (e.g., no Kindle) incompatível com a sua leitura numa outra plataforma concorrente. Trata-se do problema geral da busca deliberada de incompatibilidades entre *standards*, sendo possível demonstrar que certas empresas, nomeadamente as que se encontram à frente em termos de quota de mercado, têm interesse na existência de incompatibilidades por elas lhes permitirem reforçar ainda mais a sua posição dianteira (cf., por exemplo, ARTHUR, 1994; SHAPIRO; VARIAN, 1998). Muito provavelmente, é essa a estratégia comercial da Amazon assente no Kindle (atualmente com mais de 60% de quota de mercado).

A indústria tem procurado acordar entre si um sistema de DRM universalmente compatível,⁸ mas a ideia de um tal sistema é uma contradição nos seus próprios termos: qualquer sistema de DRM é necessariamente incompatível com dispositivos que *não* incorporem qualquer tipo de mecanismo de controlo de acesso e de uso.⁹ A única forma de assegurar a absoluta compatibilidade consistiria na inexistência de qualquer mecanismo tecnológico de proteção. Obviamente que essa estratégia é recusada pelas editoras.

O ponto acabado de referir permite uma primeira avaliação das mudanças profundas que estão a ocorrer na transição do livro tradicionalmente impresso para o livro eletrónico. Os livros tradicionais não possuem qualquer dispositivo tecnológico que restrinja o seu uso, enquanto que, em muitos casos, se exige um certo tipo de *software* (e.g., o Kindle) para se poder ler um livro eletrónico. Esse *software* implementa certas condições de uso, nomeadamente, a quase impossibilidade em copiar, emprestar, oferecer ou vender. O livro está associado a uma licença, isto é, a um contrato privado que implica que um indivíduo não compra realmente o livro eletrónico, mas apenas tenha um certo tipo de acesso. Finalmente, refira-se que o licenciador de livros eletrónicos tem a possibilidade de apagar um livro do computador do indivíduo, o livro que este julgava ter comprado (como sucedeu em 2009 quando a Amazon apagou de muitos computadores *Animal Farm* de George Orwell).

Compreende-se em parte esta estratégia da indústria do livro. Ela teme naturalmente a “pirataria”. Se não existissem formas de tentar impedir a cópia, qualquer livro eletrónico poderia livremente propagar-se por milhares ou milhões de dispositivos de leitura a custo praticamente igual a zero. Isso representaria a maximização da eficácia estática da informação. Mas não eliminaria qualquer incentivo em termos de eficácia

⁸ Cf. a posição da indústria em: <<http://idpf.org/epub-content-protection/>>.

⁹ Este ponto foi demonstrado por Ed Felten, *A Perfectly Compatible Form of Incompatibility*, disponível em: <<https://freedom-to-tinker.com/blog/felten/perfectly-compatible-form-incompatibility/>>.

dinâmica? O equilíbrio visado pela lei não seria destruído? A tensão a que o equilíbrio está a sujeito no ambiente digital ainda se torna mais evidente no caso específico dos livros eletrónicos facultados por bibliotecas públicas.

3. Os livros electrónicos nas bibliotecas. Editores, distribuidores, modelos de negócio

As novas formas de licenciamento de livros eletrónicos não representam apenas um desafio para os leitores. Elas representam um desafio talvez ainda maior para as bibliotecas públicas, obrigando-as a repensar a sua forma tradicional de atuação. Recorde-se que as bibliotecas públicas têm como função servir o interesse público, nomeadamente exercendo uma ação educativa, preservando, difundindo e garantindo numa base não discriminatória o acesso ao conhecimento.¹⁰ O empréstimo de livros é uma componente essencial desses fins. A actividade de empréstimo sempre esteve legalmente protegida devido às implicações do princípio de esgotamento após a primeira venda. Viu-se que esse princípio tem subjacente a distinção entre as expressões ou discursos e o seu suporte físico. Em consequência, uma biblioteca pode adquirir um livro, em primeira ou segunda mão, bem como reforçar os seus fundos através de doações, etc. Uma biblioteca fica então proprietária dos livros que passam a fazer parte do seu catálogo, sendo livre de lhes dar o uso melhor adequado à persecução dos seus objectivos últimos. Em particular, pode emprestar aos seus leitores pelos tempos adequados, pode arquivar e indexar da forma que julgue ser mais eficaz e, ponto importante, pode participar num sistema de empréstimo entre bibliotecas. Subjacente a essa actividade está sempre a diferença absoluta entre o direito de cópia ou reprodução e o direito de distribuição do livro. Devido ao princípio de esgotamento, uma biblioteca tem, no caso dos livros físicos, um controlo absoluto sobre a distribuição, ao mesmo tempo que, naturalmente, os direitos de reprodução permanecem nos seus titulares (os autores e seus representantes).

É esta situação que está a ser radicalmente alterada com o advento dos livros eletrónicos que passaram a ser distribuídos acompanhados de uma licença de utilização. Os livros eletrónicos também passaram a ser licenciados às bibliotecas, e não mais depositados ou vendidos. A consequência é que o controlo da utilização de um livro deixou de pertencer à biblioteca para passar a ser do editor. Actualiza-se assim como uma força ainda maior do que no passado o conflito entre o bibliotecário, que tende a ver a informação como um bem público necessário, e o editor, que a tende a ver como

¹⁰ Cf. "Manifesto da Unesco sobre Bibliotecas Públicas", disponível em: <<http://www.dglib.pt/sites/DGLB/Portugues/bibliotecasPublicas/Paginas/manifestoUnescoBibliotecasPublicas.aspx>>.

propriedade privada destinada a dar lucro (GASAWAY, 2000). Vejamos melhor a forma como as bibliotecas têm que operar no contexto dos livros eletrônicos.

Como seria de esperar, os editores têm-se manifestado muito reticentes em disponibilizar livros eletrônicos às bibliotecas públicas. A venda tradicional (em primeira ou segunda mão) está posta de lado. Os editores temem naturalmente a proliferação livre de cópias a partir da cópia possuída pela biblioteca. Uma solução é a do licenciamento, em linhas similares às existentes para os livros eletrônicos disponibilizados ao público em geral. Algumas grandes editoras recusam também essa solução (ver tabela a seguir). Outras adoptaram modelos de licenciamento geridos por uma fileira comercial. Esta consiste na cadeia formada por editor→distribuidor→biblioteca→leitor, cadeia acompanhada de contratos em cada um dos seus pontos de contacto. A tabela seguinte refere algumas grandes editoras e a sua política no que respeita o licenciamento de obras às bibliotecas públicas.

| | |
|------------------|--|
| Random House | Licencia o empréstimo de livros eletrónicos |
| Macmillan | Não licencia |
| Simon & Schuster | Não licencia |
| Penguin | Começou recentemente a licenciar em experiência piloto |
| Hachette | Apenas licencia alguns títulos antigos |
| HarperCollins | Licencia por cada 26 leituras |

Fonte: Library Journal E-Book Survey, 2011.

O primeiro elo da cadeia é o dos editores assumidos como representantes contratuais dos autores. O elo seguinte é o dos distribuidores. Estes são intermediários entre os editores e as bibliotecas, às quais disponibilizam, através das suas plataformas informáticas, e segundo certos termos contratuais, o acesso a obras. Veja-se o exemplo seguinte, da distribuidora OverDrive, com condições similares à licença da Simon & Schuster, antes citada.

When you “clickout” or otherwise “download” (referred to herein, collectively as “Download”) Content from the OverDrive Service, OverDrive grants you a limited, revocable, non-exclusive, non-transferable license to download or stream such Digital Content to your computer and/or your Device(s) solely for your personal non-commercial use. You shall not copy, reproduce, distribute or use the Digital Content in any other manner. You shall not sell, transfer, lease, modify, distribute or publicly perform the Digital Content in any manner and you shall not exploit it commercially.¹¹

¹¹ OverDrive, *Terms and Conditions*, disponível em: <<http://www.overdrive.com/termsandconditions.aspx>>.

A tabela seguinte refere os principais distribuidores, quota de mercado e modelo de acesso.

| | | |
|---------------------|-----|-----------------|
| OverDrive | 92% | Acesso perpétuo |
| NetLibrary | 22% | Acesso perpétuo |
| Gale/Cengage | 21% | Subscrição |
| EBSCOhost | 10% | Subscrição |
| Safari Books Online | 5% | Acesso perpétuo |

Fonte: Library Journal E-Book Survey, 2011.

Os distribuidores disponibilizam os livros na sua plataforma com um sistema de DRM incorporado. Esse livro é então tornado acessível aos leitores através do sítio de uma biblioteca no qual eles estão registados. Em muitos casos, é também exigido aos leitores o acordo de termos contratuais de licenciamento.

Para além das condições gerais de licenciamento de livros electrónicos, os distribuidores optaram por um de três ulteriores modelos de licenciamento. Dois deles estão referidos na coluna da direita da tabela. Mais especificamente, existem três tipos de licenciamento que estipulam de que forma as bibliotecas e os seus leitores têm acesso às obras.¹²

O primeiro e mais utilizado modelo é o modelo de licenciamento de acesso perpétuo. As suas principais características podem ser resumidas como se segue:

- O modelo de acesso é usualmente: um leitor de cada vez.
- A biblioteca ganha um direito de acesso, que nalguns casos pode expirar ao fim de um certo número de leituras.
- O leitor tem acesso à obra através da plataforma do distribuidor.

Deve referir-se que, neste modelo, o preço do licenciamento é bastante mais caro do que o preço de venda do livro em papel (20 a 100 vezes mais).

Um segundo modelo é o modelo por subscrição. As suas principais características são as seguintes:

- Subscrição por um certo período de tempo.
- Alguns distribuidores que aderiram a este modelo oferecem acesso simultâneo a mais do que um indivíduo.
- Mas são sempre os distribuidores que definem as condições específicas de acesso.

¹² Os parágrafos seguintes baseiam-se em O'BRIEN, 2012, e POLANKA, 2011.

Existe ainda um terceiro modelo, o modelo “pagamento por leitura” (*pay-per-view*).

- O livro é alugado por um certo período de tempo.
- Paga-se por cada leitura realizada.
- Os termos das licenças dizem durante quanto tempo o leitor da biblioteca pode ler o livro.
- Geralmente, apenas é permitido acesso de um leitor de cada vez.

Este modelo é mais barato que os outros dois, apenas se pagando aquilo que é efectivamente lido.

Tal como sucede no caso dos livros eletrônicos em geral, todas estas formas de licenciamento vêm acompanhadas de sistemas de DRM que implementam as condições de acesso estipuladas nas licenças. Aplicadas às bibliotecas, elas:

- não permitem a cópia (nem para uso privado);
- não permitem a impressão;
- geralmente, não permitem o empréstimo entre bibliotecas;
- não garantem o arquivamento;
- levantam o problema do fim súbito do acesso e do próprio desaparecimento da cópia digital.

Um ponto que ainda merece ser realçado é o facto de uma obra a que uma biblioteca e um leitor têm acesso através de uma plataforma (da OverDrive, por exemplo) poder não ser acessível através de uma outra plataforma concorrente e incompatível com a primeira plataforma. Portanto, no caso das bibliotecas, reproduz-se a situação de busca de incompatibilidades que já tinha sido identificada a propósito dos livros eletrônicos em geral.

Evidentemente que os termos de licenciamento entram em conflito com a forma como as bibliotecas públicas tradicionalmente têm vindo a operar. Reencontra-se o conflito entre o acesso ilimitado e universal visado pelas bibliotecas e as restrições que servem os interesses comerciais dos editores. Arquivamento, empréstimo entre bibliotecas, cópias para uso privado, impressão sempre fizeram parte integrante das tarefas dos bibliotecários. Elas são possíveis por as bibliotecas serem proprietárias das obras e assim controlarem o seu acesso e utilização. Esse modo de ação estava em larga medida também assente na lei: decorria do princípio de exaustão após a primeira venda, que vimos também estar assente na distinção entre informação não-rival e objectos físicos rivais.

Essa distinção é sempre crucial. No seu ambiente de ação tradicional, as bibliotecas implementam uma política de racionamento das obras. No que respeita à informação não rival, é a lei que cria (na busca de um equilíbrio dos interesses em jogo) um racionamento artificial. As bibliotecas estão obrigadas a respeitar esse tipo de racionamento (não podem permitir a cópia livre). Mas já no que respeita ao bem físico sucede que o racionamento que as bibliotecas impõem nada tem a ver com a lei. É uma constrição objectiva decorrendo do facto de o livro enquanto objecto físico ser um bem rival ao nível do seu usufruto. As bibliotecas apenas podem emprestar um exemplar de um livro a um leitor de cada vez. Elas impõem esse racionamento por a isso serem forçadas devido à natureza do bem. Não tem nada a ver com leis de propriedade intelectual, as quais estipulam restrições que estão ausentes do bem físico. Pelo contrário, se se encarar a lei acentuando apenas a natureza não rival da informação, o livro eletrónico representaria uma extraordinária oportunidade para as bibliotecas realizarem plenamente o seu objetivo: a máxima difusão da informação. Implícito nas missões das bibliotecas está a assunção de que, em si mesma, a informação é um bem não rival. Noutros termos, elas têm como função servir o interesse público, o que no caso vertente significaria disponibilizar as obras em modo de acesso completamente livre. Obviamente que os editores/distribuidores procuram impedir a maximização do interesse público, ao disponibilizarem (quando disponibilizam) as obras sob a forma de licenças. Em particular, impedem em muito casos que mais do que um leitor tenha acesso simultâneo a uma mesma obra. Essa limitação, repete-se, não decorre da lei, mas sim dos contratos que as bibliotecas são obrigadas a assinar se quiserem ter um qualquer acesso às obras. Do outro ponto de vista, compreende-se a posição dos editores, pois o acesso livre em modo não-rival destruiria potencialmente o valor comercial da obra, e assim talvez também anulasse os incentivos à criação e publicação que fazem parte do equilíbrio buscado pelas leis do *copyright* e direito de autor.

A lei do direito de autor, repete-se, busca um equilíbrio entre acesso público e incentivo à criação. O acesso irrestrito maximizaria o acesso público mas, poderá argumentar-se, destruiria o incentivo à criação. Por outro lado, um acesso aos livros em função dos termos das licenças pode significar cair no extremo oposto. O interesse público pode desaparecer num contexto de total privatização da informação. Isso é particularmente claro que se notar que *os termos das licenças de livros eletrónicos podem entrar em conflito com a própria lei*.

De facto, na busca de um equilíbrio entre interesse público e incentivo à criação, a lei estipula inúmeras exceções aos direitos de exclusividade que autores e editores têm sobre as obras. Como exemplo, considere-se o Código do Direito de Autor português, na sua versão revista de 2006. É especialmente relevante o artigo 75º, § 2 do

referido Código, o qual diz que são “lícitas, sem o consentimento do autor, as seguintes utilizações da obra...”. A alínea a) diz que é lícita:

a reprodução, para fins exclusivamente privados, em papel ou suporte similar, realizada através de qualquer tipo de técnica....

Portanto, a lei afirma que a reprodução (cópia) para uso privado é lícita. A alínea e) trata do caso das bibliotecas.

[é lícita] A reprodução, no todo ou em parte, de uma obra que tenha sido previamente tornada acessível ao público, desde que tal reprodução seja realizada por uma biblioteca pública, um arquivo público, um museu público, um centro de documentação não comercial ou uma instituição científica ou de ensino....

É verdade que a alínea o) alude a obras “não sujeitas a condições de compra ou licenciamento” e que, por outro lado, o § 4 estipula que as múltiplas exceções enunciadas no art. 75º “não devem atingir a exploração normal da obra, nem causar prejuízo injustificado dos interesses legítimos do autor”. Trata-se de uma formulação da chamada “regra dos três passos”, a qual visa defender os interesses comerciais dos autores. Essa regra de modo algum cobre juridicamente o uso de licenças. E se o Código alude a “condições de licenciamento”, o § 5 do 75º estipula:

É nula toda e qualquer cláusula contratual que vise eliminar ou impedir o exercício normal pelos beneficiários das utilizações enunciadas nos n.ºs 1, 2 e 3 deste artigo [isto é, os usos lícitos], sem prejuízo da possibilidade de as partes acordarem livremente nas respectivas formas de exercício, designadamente no respeitante aos montantes das remunerações equitativas.

Não se está a afirmar que licenças similares às que antes transcrevemos seriam necessariamente ilegais quando assinadas no quadro jurisdicional português. Apesar de algumas controvérsias, as licenças que acompanham os livros eletrônicos são provavelmente legais no ordenamento jurídico norte-americano (cf. LAUGHLIN, 2010). Contudo, pelo menos no caso português, uma licença como a da Simon & Schuster ou da Amazon teria dificuldades em ser conciliada como estipulado no art. 75º § 5. As licenças consideram implicitamente a informação enquanto propriedade privada e assim representam uma perda do equilíbrio visado pela lei, apenas favorecendo o interesse dos editores em detrimento do interesse público.

4. Conclusão

Nesta comunicação viu-se como o conteúdo intangível das obras se autonomizou em relação ao seu suporte físico, como isso levou a clarificar a distinção entre bens não-rivais e bens rivais, criando-se assim o contexto para a formação do princípio de esgotamento após a primeira venda. Esse princípio vigorou de forma relativamente pacífica na era do livro analógico. Com o advento dos livros eletrónicos surgiu uma tensão entre bibliotecários e editores sem qualquer paralelo com os pequenos conflitos ocorridos no ambiente analógico. Ela pode implicar uma alteração completa do papel das bibliotecas e dos modos de acesso à informação. A tensão não parece ser fácil de resolver, mas gostaríamos de terminar avançando de forma resumida algumas soluções possíveis.

Uma primeira solução poderia consistir em o poder legislativo alterar as leis de *copyright* e direito de autor de forma a tornar explícito que o princípio de esgotamento após a primeira venda também se aplica aos livros eletrónicos. Aplicada em geral, esta solução poderá retirar qualquer incentivo para que os editores publiquem livros eletrónicos. Por outro lado, devido à força de pressão que a indústria de conteúdos tem junto do poder político, tão pouco é muito crível que ela venha a ser adoptada.

No entanto, poderia ser argumentado que ela deveria ser válida no caso específico das bibliotecas públicas. O princípio de esgotamento seria inalienável no caso das bibliotecas públicas. Esse novo princípio legislativo não eliminaria os direitos que os autores e editores possuem à luz da lei, pois eles poderiam continuar a pressionar juridicamente aqueles que os violam (LAUGHLIN, 2010).

Adicionalmente, essa solução deveria ser vista num contexto no qual o controlo do uso das obras em biblioteca regressaria aos bibliotecários, em detrimento do controlo por parte dos editores/distribuidores que decorre das licenças que acompanham os livros eletrónicos. Dentro dessa solução, seriam os bibliotecários a garantir que as leis do direito de autor, tal como elas existem, seriam efectivamente respeitadas. Existem múltiplas formas de implementar essa prática, tal como garantir que o acesso e leitura a uma obra seriam feitos apenas num certo local.

Uma solução de sentido contrário seria alterar a lei para que nela passassem a constar os termos constantes das licenças, eliminando os próprios usos legítimos. A lei poderia declarar aquilo que no fundo é o objetivo dos editores: a proibição absoluta da cópia. Pode argumentar-se que passos importantes no sentido da privatização do conhecimento já foram dados durante as duas últimas décadas (cf. MACHUCO ROSA, 2009), mas é importante realçar que esta solução significaria uma alteração absolutamente radical do espírito e letra das leis do *copyright* e do direito de autor.

Poderão talvez existir soluções intermédias. Por exemplo, alterar os termos das licenças de forma a alcançar o “Justo Modelo de Licenciamento” reclamado pelos bibliotecários, sem considerar agora quais são os termos exactos desse justo licenciamento.¹³ Finalmente, poderiam existir modelos de acesso como o pagamento por leitura realizada. São modelos que podem fazer sentido do ponto de vista económico. Mas eles levantam problemas no que respeita aos usos legítimos e, no caso das bibliotecas, continuam a garantir o controlo total da distribuição por parte dos editores. Não existirá solução fácil, o que não deve surpreender, pois a própria história da evolução do *copyright* e direito de autor foi sempre movida pelos conflitos entre interesse público e interesse privado.

5. Referências

ARTHUR, W. Brian. *Increasing returns and path dependence in the economy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.

EDELMAN, Bernard. *Le sacré de l'Auteur*. Paris: Seuil, 2004.

LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. New York: The Penguin Press, 2004.

LÉVÊQUE, François; MENIÈRE, Yann. *Économie de la propriété intellectuelle*. Paris: La Découverte, 2003.

GASSAWAY, Laura. Values conflict in the digital environment: librarians versus copyright holders. *Columbia Journal of Law and the Arts*, v. 24, n. 15, p. 115–60, 2000.

GEIST, Rachel Ann. A “License to Read”: the effect of e-books on publishers, libraries, and the first sale doctrine. *IDEA: The Intellectual Property Law Review*, v. 52, n. 1, p. 63-100, 2012.

KANT, Immanuel. *Qu'est-ce qu'un livre: textes de Kant e Fichte*. J. Benoist (org. e trad.). Paris: PUF, 1995.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The economic structure of intellectual property law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

¹³ Cf. “As Bibliotecas Europeias e os Desafios da Edição Eletrónica: tomada de posição da EBLIDA”, disponível em: <<http://www.bad.pt/noticia/2012/05/22/as-bibliotecas-europeias-e-os-desafios-da-edicao-eletronica-tomada-de-posicao-da-ebilda/>>

LAUGHLIN, Gregory. Digitization and democracy: the conflict between the Amazon kindle license agreement and the role of libraries in a free society. *Baltimore Law Review*, v. 40, n. 1, p. 3-53, 2010.

MACHUCO ROSA, António. *Os direitos de autor e os novos media*. Coimbra: Angelus Novus, 2009.

O'BRIEN, David; GASSER, Urs; PALFREY, John G. *E-books in libraries: a briefing document developed in preparation for a workshop on e-lending in libraries*. Cambridge, MA: Berkman Center Research, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2111396>. (Berkman Center Research Publication, n. 2012-15).

OLSON, Kathlee. Preserving the copyright balance: statutory and constitutional pre-emption of contract-based claims. *Common Law & Policy*, v. 83, n. 11, p. 87-88, 2006.

PETITOT, Jean. *Morphologie et esthétique*. Paris: Maisonneuve et Larose, 2004.

POLANKA, Sue (ed.). *No shelf required*. Chicago: American Library Association, 2011.

ROTHCHILD, John A. The incredible shrinking first-sale rule: are software resale limits lawful? *Rutgers Law Review*, v. 57, n. 1, p. 38-49, 2004.

SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal. *Information rules: a strategic guide to the network economy*. Harvard: Harvard Business School Press, 1999.