

Como uma pandemia reacende o debate sobre o impacto da legislação do direito autoral no acesso à informação¹

Sueli Mara Soares Pinto Ferreira²

Walter Eler do Couto³

Resumo: Durante a pandemia de COVID-19 que o mundo está enfrentando este ano, o isolamento social foi essencial para o controle epidemiológico da doença. Contudo, como resultado, instituições de ensino, bibliotecas e outros centros de informação foram obrigados a fechar as portas, passando a atuar exclusivamente a distância. Embora estejamos tecnicamente preparados para uma atuação totalmente digital, fica cada vez mais claro que a resposta tecnológica por si só não é suficiente para sanar as dificuldades de acesso. Boa parte desse debate passa pelas Políticas Informacionais, que estabelecem as formas como podemos ou não utilizar as tecnologias da informação. Neste debate, os direitos autorais ganham ainda mais relevância, principalmente na figura dos direitos dos usuários e das limitações aos direitos autorais. Neste texto, comparamos brevemente o caso dos Estados Unidos, da França e do Brasil, indicando que as bibliotecas brasileiras são as menos amparadas em termos de política informacional, inexistindo em nossa legislação boa parte dos dispositivos jurídicos usados internacionalmente em benefício dessas instituições.

Palavras-chave: Limitações aos direitos autorais; Bibliotecas Digitais; Empréstimo Digital Controlado; Licenças públicas.

1. O conhecimento e as suas redes

O conhecimento, para ser conhecimento, precisa ser compartilhado. Longe de ser mera abstração em nossas cabeças, como faz parecer uma epistemologia puramente mental, o conhecimento depende de redes heterogêneas que o faça circular, que mobilize, que informe, e que ensine. Não é por acaso que as bibliotecas, os museus, as coleções e os arquivos fazem parte daquilo que Bruno Latour (2004) chamou de “redes que a razão desconhece”, porque é por meio dessas instituições que mais conhecimento é acessado e desenvolvido. As teorias que pensam na razão em abstrato ignoram todos esses dispositivos materiais que tornam possível o raciocínio compartilhado. Esses centros de informação, em sentido amplo, têm como missão guardar, conservar, organizar e fornecer acesso a documentos que são indispensáveis para o funcionamento normal de nossos sistemas de ensino e de pesquisa. Sem a materialidade desses documentos (impressos ou digitais), a sociedade fica bastante limitada, o que impacta no progresso da ciência e na

¹ Palestra proferida no Encontro Virtual ABCIBER 2020 - Reconfiguração da Vida, Ciência Colaborativa e Futuro Online, Mesa de conferência 1: “CIÊNCIA COLABORATIVA, CULTURA ONLINE, INOVAÇÃO EDUCACIONAL E COMUNICACIONAL”, 30 de junho de 2020.

² Professor Titular Sênior da USP, Presidente da Comissão Brasileira de Direitos de Autor e Acesso Aberto (CBDA³) da FEBAB – sueli.ferreira@gmail.com

³ Doutorando Programa de Pós Graduação em Ciência da Informação ECA/USP e Membro da CBDA³ - walterellerc@gmail.com

melhoria da educação. E é quando algo acontece, fazendo essa rede de instituições ser interrompida, que notamos o quanto precisamos delas.

Com a internet, esses centros de informação podem se conectar ao ciberespaço para amplificar ainda mais a sua importância, porque fazem uma gestão confiável da informação que é imprescindível em tempos de *fake news* e desinformação. Sua expertise em treinar competências informacionais também pode ser crucial para resolver problemas importantes com os quais lidamos atualmente nas redes sociais. O centro de informação é um ativo disponíveis para a sociedade lidar com problemas que a internet trouxe, e a internet é um ativo para amplificar as potencialidades históricas desses centros de informação. No entanto, nem todos esses centros de informação estão tão bem adaptados ao ambiente digital e, em muitos casos, a barreira com a qual eles precisam lidar não é a tecnológica, mas a política (principalmente no sentido de *política pública*).

A pandemia de COVID-19 que o mundo está enfrentando exigiu que esses centros de informação fechassem suas portas para garantir o isolamento social necessário ao combate da doença. O mesmo ocorreu com escolas e universidades, que passaram a trabalhar a distância, dependendo integralmente do ciberespaço para o seu funcionamento. Esta situação deixou claro que os tradicionais centros de informação continuam relevantes para o bom funcionamento do ensino e da pesquisa, mas também expôs uma dificuldade bastante prática que eles enfrentam há décadas. Embora muitos desses centros tenham se adequadado em termos de tecnologia, treinamento e de procedimentos para fazerem parte da internet, nem tudo depende apenas da possibilidade tecnológica. Esta situação traz uma questão muito importante que gostaríamos de debater aqui: a resposta tecnológica ao isolamento social decorrente da pandemia da COVID-19 é suficiente para sanar as necessidades de acesso à informação?

Neste texto, gostaríamos de propor que, embora a tecnologia, a metodologia e a cultura digital estejam preparadas para uma resposta adequada, esse debate passa em grande medida pela Política Informacional, pois é ela que regula os fluxos das informações no contexto das possibilidades tecnológicas. Em outras palavras, a não adequação de determinadas bibliotecas a um ambiente digital que precisa delas, pode ter sido uma escolha política proposital ou uma grave omissão do poder público.

Durante os primeiros meses de pandemia, assistimos a um movimento global de bibliotecários, professores e de editoras para fornecer acesso gratuito e facilitado ao conhecimento. Este movimento indicou duas coisas: (1) em primeiro lugar, indicou que o acesso aberto é uma pauta contínua e necessária, com ou sem pandemia, já que as necessidades de acesso são históricas e profundas, não se resumindo ao momento atual; (2) em segundo lugar, indicou que alguns países possuem ferramentas políticas mais adequadas para uma resposta ao acesso à informação no contexto do isolamento social e/ou diante do surgimento de novos cenários e desafios, do que outros países.

2. A crítica aos direitos autorais e os seus resultados

É claro que quando falamos de acesso à informação estamos lidando com os direitos autorais e suas formas de limitar o fluxo livre e gratuito do conhecimento. Os vários movimentos críticos aos direitos autorais conseguiram, ao longo dos anos, criar alternativas que garantiam parcialmente esse fluxo livre, mas esses movimentos nem sempre eram concordantes entre si, o que resultou em alternativas que apresentam

caminhos diferentes para lidar com o mesmo problema. Patricia Aufderheud e Peter Jaszi (2011) narraram bem a formação desses movimentos críticos: visto de uma maneira ampla, há um debate crítico aos direitos autorais que concorda que esses direitos são sufocantes para a cultura se forem rígidos demais. Este debate procura flexibilizar os direitos autorais para facilitar o acesso das pessoas aos bens culturais da sociedade. No entanto, existem várias frentes diferentes para promover esse objetivo geral. Essas frentes deveriam ser vistas como complementares, porque elas trabalham em focos diferentes. No entanto, em vários momentos da história, esses movimentos foram concorrentes e discordantes entre si.

Essas críticas, às vezes chamada de *copyleft*, às vezes chamada de reforma de direitos autorais ou combate a direitos autorais etc., possui pelo menos três vertentes bem estabelecidas. A mais famosa de todas talvez seja aquela que se baseia em licenças públicas para formação de um uso gratuito e livre da cultura e cujo principal símbolo é o *Creative Commons*. O segundo tipo é baseado nas limitações aos direitos autorais que a própria lei estabelece de maneira intrínseca ou que outros direitos, constitucionalmente estabelecidos, impõem de maneira extrínseca, mais conhecidos como os “usos livres” que constituem formas de utilizar a obra sem necessidade de autorização do titular. O terceiro tipo, tão antigo quanto o próprio direito de autor, é a crítica total ao direito de propriedade intelectual por meio da desobediência civil, que é promovida principalmente pelos movimentos piratas. Falaremos brevemente do primeiro porque é onde os problemas são mais evidentes do ponto de vista dos centros de informação.

Mesmo entendendo que os movimentos piratas constituem atores políticos desse debate, optamos por não discutir este tema aqui, por dois motivos: primeiro, porque publicamos recentemente um estudo sobre isso (Couto; Ferreira, 2019), onde a questão é debatida com a profundidade que a sua complexidade que exige, e, em segundo lugar, porque a pirataria, enquanto movimento, não pressupõe a intermediação das bibliotecas e demais centros de informação, já que ela cria as suas próprias *shadow library*, tais como a LibGen e o Sci-Hub. Neste texto vamos preferir colocar nosso foco no debate sobre as possibilidades legais de acesso gratuito ao conhecimento, o que não inclui aqueles projetos que obviamente infringem direitos autorais.

2.1. Licenças

Dentro dos direitos autorais há o direito de transferir direitos; chamado de “transferência de direitos autorais”. Há duas maneiras de fazer isso: (1) cessão: é quando um titular de direito de autor cede o seu direito a um terceiro, como uma editora ou gravadora, abrindo mão de ser o proprietário daquela obra; (2) licença: é quando um titular permite que terceiros utilizem a sua obra a partir de determinados critérios. Historicamente, a licença era uma forma de o titular conceder autorização prévia para que um terceiro fizesse uso de sua obra intelectual sem que ocorresse a transferência total dos direitos. Legalmente falando, a licença é uma autorização de uso específico dada pelo titular da obra.

Os movimentos de cultura livre e de acesso aberto viram na licença uma possibilidade legal para que os autores renunciassem aos seus próprios direitos autorais, criando o que é conhecido como *licença pública*, como a *Creative Commons*. Nesta licença, o autor renuncia a alguns direitos, como o direito de reprodução da obra, direito de distribuição, de adaptação etc., mas não em benefício de alguma pessoa e sim em

benefício do público geral (daí o nome “licença pública”). Para fins legais, o autor está dizendo “vejam, é permitido fazer tudo isso com a minha obra sem pedir autorização antes, porque estou dando a vocês uma licença de uso pública”. Para fins práticos, o autor está renunciado a alguns dos seus direitos de propriedade, escolhendo quais direitos ainda quer manter.

Essa forma de licenciamento precisa vir do titular dos direitos e, por isso, depende da boa vontade dele. Há inúmeras obras já disponíveis ao público por meio desse tipo de licença, como os artigos científicos em acesso aberto. De fato, o movimento pelo acesso aberto aos artigos científicos foi inteiramente baseado nesta concepção de uso de licenças, porque, para se publicar em uma revista de acesso aberto, o autor precisa concordar com a licença pública que a revista utiliza.

Durante a pandemia, várias editoras concederam licenças controladas de uso de suas obras, via bibliotecas⁴. Neste contexto, o bibliotecário precisava enviar um e-mail para a editora solicitando a criação de um canal de acesso para seus usuários. Esse tipo de licença; concedida pelas editoras; é uma ferramenta importante para conceder acesso facilitado ao conhecimento em época de pandemia, mas depende integralmente da iniciativa dos donos dos direitos sobre as obras. Essas não são licenças públicas, são licenças específicas para uso via bibliotecas no contexto da pandemia, o que inclui normas e condições particulares para o uso. Geralmente, apenas os usuários tradicionais das bibliotecas universitárias ganharam esse acesso especial, o que exclui toda a comunidade que não seja universitária.

Uma das críticas mais importantes aos movimentos *copyleft*; que se baseiam na possibilidade de licenças públicas; foi realizada por Niva Elkin-Koren (2005) que criticou o modelo do licenciamento via *Creative Commons*, indicando que ele depende inteiramente de um regime proprietário (ou seja, a licença só funciona porque existe uma lei de direitos autorais) e deriva sua força legal da existência desse regime (a licença é forte porque a lei de direitos autorais é forte, sendo, portanto, um forma de reforçar a própria lei da maneira como está). Como o direito incide automaticamente nas obras intelectuais, a licença é sempre uma escolha ativa e consciente do titular, que pode concedê-la ou não. Sendo assim, do ponto de vista dos movimentos críticos aos direitos autorais (o que inclui o próprio grupo gestor da licença *Creative Commons*), as licenças são entendidas como uma medida paliativa que não substitui a reforma da lei de direitos autorais.

3. Limitações aos direitos autorais em benefício dos centros de informação

As limitações são muito importantes para diferenciar aquelas formas de uso gratuito das obras protegidas pelos direitos autorais que não são uma infração (como a pirataria), mas também não dependem de autorização prévia ou de licença.

Um dos fundamentos das limitações aos direitos autorais é a busca de equilíbrio em um conflito de interesses. Como atesta Manoel Pereira dos Santos (2014), existe um

⁴ Uma lista das editoras que concederam acesso licenciado ao seu conteúdo digital via bibliotecas pode ser consultada no documento “Vendor Love in the Time of COVID-19”, disponível aqui: <https://tinyurl.com/vendorsupportedaccess> Acesso: 03 de agosto de 2020.

conflito entre o interesse da coletividade pela difusão e pelo progresso do conhecimento e o interesse privado do autor pela proteção de seu esforço criativo. Esse conflito, e a sua necessidade de harmonização, está também demonstrado no Artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que possui dois itens aparentemente contraditórios, onde um garante ao cidadão o direito de acesso amplo ao conhecimento/cultura/informação e, o outro garante aos autores o direito exclusivo sobre suas criações. Os dois itens não foram colocados juntos por acaso, já que é proposital a exposição da ideia de que a harmonização desses direitos conflitantes precisa ser realizada. Essa harmonização é feita por meio das limitações aos direitos autorais que funcionam como direitos dos usuários.

Porém, a disciplina das limitações não diz respeito apenas aos conflitos de interesse entre o indivíduo e a coletividade, mas também se relaciona ao que é conhecido como a função social do direito autoral. Assim, além de se envolver em um conflito de interesse, as limitações são consequência do fato de o direito de autor possuir uma função social específica. Mas o que é essa função social? A função social do direito de autor é a ideia de que este direito tem *por fim* o incentivo ao desenvolvimento da cultura e do conhecimento e que tem *por meio* a proteção dada ao autor enquanto direito de exclusivo:

O Direito de Autor tem como função social a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo, findo o qual, a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa. (Carboni, p.98, 2006).

A delimitação do direito no tempo e a noção de domínio público também faz parte dessa função social, porque se o direito de exclusivo fosse infinito ele não seria adequado para promover a cultura. É claro que muitas bibliotecas, no Brasil e no exterior, se adaptaram à internet oferecendo acesso ao seu acervo em domínio público, o que pode sanar algumas necessidades de acesso, mas não todas, já que vários campos do conhecimento, especialmente os científicos, dependem de conteúdos mais recentes. Além de ser limitado no tempo, o direito do autor também é limitado em sua amplitude, já que ele não pode ser tratado como um tipo de direito absoluto. A tendência é não existir direitos absolutos nos sistemas legais modernos, uma vez que direitos distintos tendem a colidir entre si, o que torna as limitações inevitáveis. Então, mesmo estando a obra em domínio privado há casos especiais que precisam ser de uso livre.

Tanto pela via da função social, quanto pela via da resolução de conflitos de interesses, as limitações aos direitos autorais garantem, na prática, que as pessoas utilizem as obras protegidas pelos direitos autorais em certos casos especiais sem a necessidade de pedir autorização prévia e expressa e sem a necessidade de pagar por esse uso. Se o interesse privado do autor é que o seu livro seja acessado exclusivamente por meio de pagamento, o interesse da coletividade é poder acessar ele também por meios gratuitos, como no empréstimo feito pelas bibliotecas. E, se a função social do direito do autor é a promoção da cultura, as instituições culturais não podem ser impedidas de exercer sua atividade de... promover a cultura! Assim, é preciso existir limitações que garantam a essas instituições o direito de, para promover a cultura e o conhecimento, realizarem certos tipos de usos das obras que em outros contextos seriam proibidos.

Assim, a biblioteca precisa ter o direito de digitalizar as obras para a sua conservação, porque isso faz parte de sua função de conservar a memória; precisa ter o

direito de realizar empréstimos de obras, do contrário o direito de leitura seria exercido apenas por quem pode pagar; e, acima de tudo, precisa ter o direito de se modernizar, de integrar aos seus serviços milenares as possibilidades trazidas pela internet, o que significa que a pauta das limitações em benefício dessas instituições deve ser um debate permanente. Quanto mais limitações aos direitos autorais são estabelecidas em benefício dos centros de informação⁵, mais bem eles fazem o seu trabalho. Durante a pandemia, esse fato pesou e gerou desigualdade entre os países que possuem uma legislação mais bem adaptada ao trabalho dessas instituições e os países que foram historicamente omissos, como infelizmente é o caso do Brasil. Como o poder público foi obrigado a impor o isolamento social recomendado pelos epidemiologistas, apenas os centros de informação que poderiam fornecer acesso remoto puderam atuar de uma maneira mais decisiva. Assim, as limitações que permitiam alguma atuação online representaram toda a diferença entre as bibliotecas que tiveram que suspender totalmente o seu serviço e aquelas que puderam continuar trabalhando. É por isso que dissemos que a pandemia deixou mais claro um problema muito antigo ligado a necessidade de modernização das bibliotecas, porque mesmo antes da necessidade de isolamento social essas instituições debatiam as barreiras que a lei de direitos autorais representa para esse desafio.

3.1. O exemplo norte-americano

Os EUA possuem três dispositivos legais importantes que podem ter favorecido uma atuação mais ampla das bibliotecas americanas durante a pandemia, sendo eles: 1) uma regra mais genérica para a limitação aos direitos autorais, que é a doutrina do *fair use*; 2) uma regra clara que permite o empréstimo realizado pelas bibliotecas, que é a doutrina da exaustão, também chamada de doutrina da primeira venda (*first-sale doctrine*); e, por fim, uma limitação específica para a atuação das bibliotecas e dos arquivos, que é a § 108 de seu *copyright law*. Esse conjunto de limitações foram utilizados por educadores que passaram a dar aulas a distância e por bibliotecas, principalmente as digitais, que utilizavam o conceito inovador de Empréstimo Digital Controlado (CDL - *Controlled Digital Lending* – discutido mais a frente).

Como se sabe, o sistema legal americano se baseia na *Common Law*, e não requer um rol específico de casos, podendo atuar por meio de regras gerais. Assim é o *fair use* que, ao invés de listar quais são os casos especiais aplicáveis como limitações aos direitos autorais prefere estabelecer diretrizes para o juiz interpretar os casos concretos. As regras dessa limitação estão na §107 da lei americana e consiste na análise de quatro fatores a serem analisados, que inclui o propósito da utilização, a natureza do trabalho copiado/usado, a proporção do uso e o impacto desse uso no mercado. A vantagem desse sistema é que sempre que surgem situações novas, seja por causa da evolução tecnológica, seja por situações imprevisíveis como a pandemia, a doutrina pode se adaptar para ser aplicada a esse caso novo. Nas situações já conhecidos, é preciso correr à jurisprudência dos tribunais para saber se determinada ação tem sido considerada um uso livre ou não.

⁵ No Brasil, a Comissão Brasileira de Direito de Autor e Acesso Aberto da Febab realiza um importante trabalho de divulgação e defesa das limitações aos direitos autorais. E a IFLA possui um ativismo internacional em matéria de limitações aos direitos autorais em benefício de bibliotecas, arquivos e museus. Muitas informações relevantes sobre quais são as limitações necessárias para o bom funcionamento dessas instituições pode ser consultado em seu site, especialmente aqui: <https://www.ifla.org/copyright-tlib> Acesso em: 03 de agosto de 2020.

De qualquer maneira, um réu sempre poderá alegar que o seu uso foi justo, contanto que cumpra satisfatoriamente a regra dos quatro fatores.

Essa característica pode estimular as bibliotecas e instituições de ensino na atuação diante de casos novos. Aliás, a própria limitação específica para bibliotecas nos EUA, a § 108, surgiu de um litígio onde a biblioteca da *National Institutes of Health* alegou que o uso se enquadrava na doutrina do *fair use*, o que só foi aceito quando o caso chegou na Suprema Corte. Nesta época, os EUA estavam reformando a sua legislação, e o juiz sugeriu que os congressistas formassem uma limitação adicional criando regras mínimas para garantir o trabalho básico das bibliotecas. Da mesma maneira, a pandemia está evidenciando uma controvérsia jurídica sobre os limites das limitações nos EUA e, novamente, uma biblioteca está sendo processada por lá.

Antes de entrarmos na polêmica (que se refere ao caso da *National Emergency Library* discutido mais a frente), vejamos um caso menos controverso. Pouco tempo depois do início da pandemia, especialistas em bibliotecas e direitos autorais redigiram conjuntamente uma interpretação do *fair use* para entender como ele poderia ser utilizado no cenário de isolamento social para o uso educacional. O documento “*Public Statement of Library Copyright Specialists: Fair Use & Emergency Remote Teaching & Research*”⁶, estabelece diretrizes baseadas na doutrina americana de limitações aos direitos autorais em benefício da educação, principalmente da educação a distância. Este documento diz que as limitações que favorecem a educação já eram aceitas pelos tribunais antes da pandemia, porque eles representam grande benefício público. Na situação da pandemia, o uso educacional precisou ser intensificado, o que é plenamente justificável no *fair use*, contanto que se observe as regras dos quatro fatores que a lei estabelece e os exemplos pretéritos de *fair use* educacional. Em outras palavras, o documento orienta uma atuação mais conservadora, em que o *fair use* é utilizado de maneira mais segura e com pouco risco de judicialização.

Empréstimo Digital Controlado e a Biblioteca Emergencial do *Internet Archive*

O *Internet Archive* cumpre hoje um papel fundamental no debate sobre acesso à informação e ampliação do *fair use* nos EUA. Assim como o caso *Williams & Wilkins Co. v. United States* se utilizou da generalidade da regra do *fair use* para se defender de uma acusação de violação (o que não só foi aceito como também fomentou a criação da § 108), o *Internet Archive* é quem age nos limites da doutrina atualmente, tentando aplicá-la em situações novas e inovadoras. O principal exemplo disso é o sua *Open Library* que utiliza o engenhoso conceito de Empréstimo Digital Controlado. Enquanto a *Open Library* atuava de maneira mais restrita não encontrou problemas legais, mas quando decidiu ampliar sua atuação em função da pandemia, criando a *National Emergency Library* a judicialização surgiu. Se essa judicialização terminará com avanços para o setor de informação ou não, apenas o futuro irá dizer; antes, porém, entendamos o que aconteceu até aqui e porque este caso é importante.

⁶ Esta declaração sobre a aplicação do *fair use* na educação a distância em tempos de pandemia pode ser consultada aqui: <https://tinyurl.com/tvnty3a> Acesso em: 03 de agosto de 2020.

A Open Library realiza um serviço chamado de Empréstimo Digital Controlado⁷, no qual um usuário pode se cadastrar para acessar digitalmente um livro que faça parte de seu acervo físico. Eles argumentam que possuem os livros físicos que são digitalizados com base no *Fair Use* ou na limitação específica da § 108, sendo disponibilizados parcialmente online (apenas as primeiras páginas). Se o leitor quiser ter acesso ao livro inteiro, terá que fazer cadastro e solicitar um empréstimo digital, que é controlado.

Todo empréstimo em bibliotecas nos EUA utiliza a doutrina da exaustão, que é a ideia de que o direito de distribuição do autor sobre um exemplar específico se esgota depois de realizada a primeira venda daquele exemplar. Assim, quem compra o exemplar pode realizar a distribuição daquele exemplar, seja por meio de empréstimo, seja por meio de aluguel, doação ou venda. Todavia, a aplicação dessa doutrina no ambiente digital é controversa, porque representaria uma forma de comunicação ao público e não de distribuição. A comunicação ao público não é limitada pela doutrina da exaustão, apenas a distribuição. Para contornar esse problema, o *Internet Archive* e os proponentes do conceito colocaram foco no *controle*, criando a ideia de um “empréstimo digital controlado”. Neste caso, o controle feito na obra garante que o uso seja equivalente ao empréstimo, não configurando mais a “comunicação ao público”. O controle é feito assim: primeiro, utilizam-se tecnologias para garantir que o usuário não conseguirá reproduzir o exemplar digital; e, além disso, o número de empréstimos simultâneos de cada obra é condicionado pelo número de cópias físicas que a biblioteca possui, o que garante uma situação análoga aos empréstimos tradicionais de obras físicas. Assim, se a biblioteca possui 10 cópias físicas do mesmo livro, pode emprestar digitalmente para até 10 pessoas simultaneamente; mas, se possui apenas 1 cópia, então só um empréstimo é permitido por vez. O tempo do empréstimo não pode ultrapassar o tempo padrão de empréstimos em bibliotecas e é necessário um cadastro.

Essa argumentação foi detalhadamente defendida por David R. Hansen e Kyle K. Courtney em um artigo. Eles resumem o Empréstimo Digital Controlado da seguinte maneira:

Em sua essência, o CDL (*Empréstimo Digital Controlado*) trata da replicação, dos aspectos legais e economicamente significativos, dos empréstimos físicos para os empréstimos digitais. Para fazer isso, nós, bibliotecas, devemos realmente exercer controle no processo. A declaração identifica seis requisitos específicos para isso. Ou seja, para o CDL as bibliotecas devem:

1. garantir que as obras originais sejam adquiridas legalmente;
2. aplicar o CDL apenas a obras pertencentes e não licenciadas;
3. limitar o número total de cópias, em qualquer formato em circulação e a qualquer momento, ao número de cópias físicas que a biblioteca possui legalmente (manter uma proporção de "propriedade para empréstimo");
4. emprestar cada versão digital apenas a um único usuário por vez, assim como uma cópia física seria emprestada;
5. limitar o período de cada empréstimo a um que seja análogo ao empréstimo físico; e

7 Uma explicação detalhada sobre esse conceito pode ser consultada aqui: <https://controleddigitallending.org/whitepaper> Acesso em: 03 de agosto de 2020.

6. usar o gerenciamento de direitos digitais para evitar cópias e redistribuição por atacado⁸. (Hansen; Courtney, 2018, p.03 – tradução dos autores).

Apenas com a atuação mais restrita da *Open Library*, já conseguimos notar que esse conceito de Empréstimo Digital Controlado é uma maneira eficiente de modernizar as bibliotecas, garantindo a sua atuação no mundo digital e a revitalização de sua relevância. Desde que esse conceito surgiu, e passou a ser adotado pelo *Internet Archive*, as associações de autores e editores refutam a sua validade, mas isso ainda não havia sido judicializado. Recentemente, o mesmo conceito foi utilizado para justificar a Biblioteca Emergencial no contexto da pandemia do Covid-19.

A *Emergency Library* foi pensada para atender estudantes que agora não teriam nenhum acesso a bibliotecas escolares ou universitárias, o que os levou a flexibilizar aquela ênfase no *controle* que o conceito original trazia. Desse modo, as listas de espera tradicionais da *Open Library* e a impossibilidade de empréstimos simultâneos que caracterizava o conceito original foi deixada de lado. A prática original do *Internet Archive* de limitar o empréstimo ao número de livros físicos disponíveis nunca foi questionada judicialmente, mas este não seria o caso se o projeto quisesse extrapolar o número de empréstimos. Assim que a nova biblioteca foi divulgada, representantes de editores e de autores classificaram ela como “pirataria” e judicializaram a questão.

Depois de pressão das editoras e de associações de autores, o *Internet Archive* preferiu interromper a sua Biblioteca Emergencial. Provavelmente, foi avaliado que essa judicialização poderia impactar no conceito original do Empréstimo Digital Controlado, que é mais defensável e possui aplicação mais ampla no tempo do que a *Emergency Library*. O processo continua e não é possível prever o seu resultado, mas será muito ruim para a modernização das bibliotecas se a justiça considerar o conceito de Empréstimo Digital Controlado uma infração.

3.2. O exemplo francês

Embora o direito autoral francês tenha limitações específicas para a atuação de bibliotecas, arquivos e museus⁹, eles são bem menos flexíveis que o *fair use* americano e

⁸ Tradução do original “At its core, CDL [Controlled Digital Lending] is about replicating with digital lending the legal and economically significant aspects of physical lending. To do so, we libraries must truly exercise control in the process. The Statement identifies six specific requirements to do so. It states that for CDL, libraries should: 1. ensure that original works are acquired lawfully; 2. apply CDL only to works that are owned and not licensed; 3. limit the total number of copies in any format in circulation at any time to the number of physical copies the library lawfully owns (maintain an “owned to loaned” ratio); 4. lend each digital version only to a single user at a time just as a physical copy would be loaned; 5. limit the time period for each lend to one that is analogous to physical lending; and 6. use digital rights management to prevent wholesale copying and redistribution”.

⁹ “Art L122-5 du CPI. 8° La reproduction d'une œuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers, dans les locaux de l'établissement et sur des terminaux dédiés par des bibliothèques accessibles au public, par des musées ou par des services d'archives, sous réserve que ceux-ci ne recherchent aucun avantage économique ou commercial.” A lei francesa pode ser acessada aqui: <http://www.cfcopies.com/juridique/textes-de-loi> e também aqui: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&idArticle=L_EGIARTI000006278917&dateTexte=20081211 Acessados em: 03 de agosto de 2020.

não preveem algo como o Empréstimo Digital Controlado. No entanto, tampouco a lei americana o prevê, já que é um conceito novo que se baseia em várias doutrinas distintas, principalmente na doutrina da exaustão. Vejamos, então, se há as condições necessárias para o Empréstimo Digital Controlado na França.

Originalmente, a noção de exaustão de direitos, conforme vimos no direito americano, parece não ser tão forte no direito francês, ainda que parcialmente presente na lei. Na França, assim como na Bélgica, criou-se a concepção de que os autores possuíam um direito específico que na prática impedia ou limitava a exaustão, que é o direito de destinação. Esse direito surgiu na teoria jurídica belga e depois migrou para a teoria francesa, passando a integrar o sistema legal francês a partir do CPI de 1957. Doutrinariamente, este direito parece ter derivado de uma amplificação do *direito de reprodução* ou do *direito de distribuição*, sendo limitado parcialmente pela exaustão apenas em casos específicos, como no caso da cópia privada. Independentemente de sua fonte, fato é que, na França, ele fundamentou alguns direitos adicionais, inclusive o *direito de empréstimo*, que é o direito exclusivo de os titulares realizarem empréstimos de exemplares e, conseqüentemente, de cobrarem pelo empréstimo realizado por terceiros. Há uma ideia geral de que o “direito de empréstimo” é espécie do gênero “direito de destinação”, sendo o primeiro ligado especificamente ao empréstimo de obras e o segundo aplicável a toda forma de uso (ou de destinação) das obras depois da primeira venda. Os dois termos são utilizados na França, o primeiro pelo menos desde os anos de 1950 e o segundo especialmente depois dos anos de 1990, quando a União Europeia decidiu publicar uma diretiva sobre empréstimo e locação de obras protegidas. Nos últimos anos, o direito de destinação tem sofrido desidratação, especialmente pela inserção cada vez mais clara da doutrina de exaustão de direitos nas demais legislações europeias e pelo fato de o direito de destinação ser considerado uma doutrina singular, incomum fora da França e da Bélgica.

Para Frédéric Pollaud-Dulian (2005), a fonte do direito de destinação é o direito de reprodução, que é amplificado no sistema francês. Neste caso, o direito de reprodução não se restringe a primeira fixação da obra, mas sim a todas as formas de uso que decorrem dessa fixação. Potencialmente, essa concepção sintética ou amplificada do direito de reprodução possui o poder de diluir qualquer pretensão de exaustão de direitos, tornando o empréstimo de exemplares possivelmente dependente de autorização do titular. Desse modo, o empréstimo do exemplar, se não for autorizado pelo titular, é considerado uma forma de contrafação. Para o autor, a concepção amplificada do direito de reprodução está amparada na interpretação restritiva dos negócios jurídicos; ou seja, toda forma de uso que não tenha sido autorizada expressamente pelo autor seria considerada proibida.

Vivant e Bruguière (2013) concordam que o direito de destinação é um satélite do direito de distribuição, mas citam Henri Desbois para salientar que sua órbita também depende do direito de reprodução. Neste caso, o sistema que contém o direito de destinação compreende o direito de distribuição de maneira extensa e amplificada, porque inclui na concepção de “distribuição” os usos posteriores que se faz do corpo mecânico. Eles consideram que a redação que dá base ao direito, contudo, é redigida de maneira frágil, o que alimenta controvérsias na aplicação ampla, porque depende muito de interpretação. Na verdade, muitos autores franceses sustentam que o direito de destinação é apenas *deduzido* do texto legal; ou seja, o mais correto seria falar de uma *doutrina do direito de destinação*. Por último, embora este direito se mostre tradicional na França, os

autores indicam que ele está na contramão dos mais recentes avanços da teoria jurídica mundial: “Acima de tudo, deve-se notar que hoje esse direito de destinação parece um pouco contra a corrente; na Europa e, pela força das circunstâncias, na França, sopra um vento contrário: o de um direito de distribuição sujeito à exaustão.” (Vivant e Bruguière, 2013, p.423, tradução nossa).

Já o *direito de empréstimo* foi estabelecido com maior clareza na Diretiva Europeia 92/100/CEE de 19 de Novembro de 1992, que é “relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual”, e que garantiu aos autores o direito exclusivo de alugar ou emprestar as obras protegidas por direitos autorais. Com o tradicional *direito de destinação* reforçado agora pela diretiva europeia, a França optou, a partir de 2003, por estabelecer um sistema de arrecadação e gestão coletiva, parecido com aquele realizado pelo ECAD no Brasil, mas proposto a coletar os royalties do empréstimo de livros. Diferentemente do direito de destinação, que é mais uma doutrina deduzida da interpretação da lei (embora reforçada jurisprudencialmente), o direito de empréstimo está bem estabelecido em base legal. O Artigo L133-1 do CPI francês passou a estabelecer, a partir de 2003, o direito de os titulares receberem esses royalties pelo empréstimo de livros em bibliotecas públicas. Muito embora o mesmo artigo também tenha vetado esses titulares de impedirem a realização do empréstimo, o que criou uma espécie de “licença legal paga” para as bibliotecas que desejam fazer o seu trabalho milenar. Como bem observou Pollaud-Dulian (2005), o direito de destinação virou, aqui, um direito de remuneração pelo empréstimo. Assim, o empréstimo não depende de autorização prévia e expressa; todavia, o titular possui o direito de cobrar sempre que uma biblioteca decidir realizá-lo. Como a regra se aplica especialmente no caso das bibliotecas públicas, é o Estado quem paga aos autores por esses empréstimos, uma vez que o beneficiário do empréstimo é a coletividade.

Ainda que nós consideremos esse tipo de cobrança inoportuna, especialmente quando se considera a possibilidade mais simples de exaustão de direitos, é importante salientar que mesmo nesta situação a biblioteca manteve o seu direito de realizar os empréstimos independentemente de autorização dos titulares. Não está claro, porém, se essa “licença legal paga” autorizaria a realização de Empréstimos Digitais Controlados. Seja pela aplicação mais ampla e certamente mais teórica do *direito de destinação*, seja pela aplicação mais restrita e também mais prática do *direito de empréstimo*, parece claro que as bibliotecas francesas possuem menos liberdade do que as bibliotecas americanas para atuarem em um cenário de isolamento social que demanda acesso remoto aos exemplares de seu acervo. Se o Empréstimo Digital Controlado depender substancialmente da aplicação da doutrina da exaustão de direitos, então ele não poderá ser utilizado na França enquanto lá imperar a doutrina do direito de destinação.

3.3.O caso brasileiro

Analisemos o caso da Lei brasileira, onde as limitações estão descritas nos Artigos 46, 47 e 48. Não é difícil perceber que o rol das limitações na legislação brasileira não prevê *nenhuma* hipótese que respalde o trabalho de instituições culturais e centros de informação. Se a LDA brasileira pretendesse dar respaldo para a atuação dessas instituições, aqui seria o local para se fazer isso, como é possível observar nas legislações

de outros países. Previsões semelhantes são encontradas em diversas outras legislações do mundo, o que deixa a LDA brasileira com o aspecto de pouco preocupada com sua própria memória cultural.

Para o professor José de Oliveira Ascensão, a lei brasileira é particularmente rígida em suas previsões de limitações, chegando a afirmar, por exemplo, que “o art. 46 II é somático” (Ascensão, 2008, p.319), isto é, *avarento*¹⁰. Para o autoralista português, quando as previsões são demasiadamente rígidas, o sistema não consegue se adaptar ao surgimento de circunstâncias novas, ficando necessariamente defasado. Além disso, a falta de uma previsão legal para o caso das bibliotecas, arquivos e museus faz pesquisadores e profissionais de instituições culturais conviverem com incertezas jurídicas, em uma atuação que pode ser interpretada como estando “do lado errado da lei”, caso queiram cumprir a sua obrigação institucional de bem guardar a herança cultural da sociedade. Muitos juristas brasileiros entendem que a atuação da biblioteca é resguardada pelas limitações extrínsecas, que são aquelas vindas de fora da LDA, especialmente as garantias constitucionais de acesso à informação e cultura. No entanto, essa situação não é nem um pouco confortável, porque até mesmo a mais simples atuação da biblioteca depende integralmente da interpretação de terceiros.

No campo educacional, há algumas limitações específicas que podem ser interpretadas extensivamente para o benefício da educação a distância em tempos de pandemia. Recentemente, os pesquisadores Allan Rocha de Souza e Tel Amiel (2020) divulgaram um documento¹¹ para sanar várias dúvidas de educadores e bibliotecários no contexto da pandemia. O texto é chamado de “*Guia Direito Autoral e Educação Aberta e a Distância: Perguntas e Respostas*” e tem por objetivo “*elucidar dúvidas sobre o uso no ensino on-line do material protegido por direitos autorais e, ao mesmo tempo, tratar da proteção das gravações das aulas, com foco neste período excepcional e emergencial causado pela pandemia*”. Para os autores, existem muitas dificuldades neste particular, porque no rol de limitações há apenas dois incisos destinados à educação, o que torna os limites de atuação muito mais restritos. Além disso, eles salientam que a nossa legislação não é bem adaptada ao cenário digital, já que não houve novas atualizações sobre isso desde 1998.

3.3.1. Exaustão do Direito ou Direito de Destinação?

Cabe agora analisarmos se há previsão, no Brasil, para a exaustão do direito de autor após a primeira venda ou se, na verdade, existe o direito de destinação. Na verdade, no Brasil, há um limbo em relação a este tema, o que demonstra mais uma vez a omissão do Estado com esse setor. Se, por um lado, não temos algo equivalente a uma *first-sale doctrine* que, por meio da exaustão dos direitos de distribuição, garante às bibliotecas o empréstimo livre das obras; por outro lado também não temos o inverso, que seria um Direito de Destinação que garanta aos autores o lucro decorrente do empréstimo realizado pelas bibliotecas.

¹⁰ O Artigo 46 II é o que trata da cópia para uso privado, que traz limitações internas à possibilidade de uso livre, onde a cópia só é permitida se for de um só exemplar, de pequeno trecho, para uso privado, feita pelo próprio copista e sem o intuito de lucro. A redação da LDA antiga, a Nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, por exemplo, era muito menos rígida neste particular, que dizia em seu Art. 49 II que era permitida “*a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contando que não se destine à utilização com intuito de lucro.*”

¹¹ O guia pode ser consultado aqui: <https://zenodo.org/record/3964713#.XyhjzZ5KiUn> Acesso em: 03 de agosto de 2020.

No Brasil, isso é debatido a partir da diferença entre *corpus mechanicum* e o *corpus mysticum*. A doutrina dominante considera que ao adquirir o *corpo mecânico* de uma obra (o exemplar físico) o usuário não adquire qualquer direito sobre o corpo místico da obra (a obra protegida pelo direito) e isso inclui o direito de distribuição. No entanto, nada em nossa lei fala expressamente a respeito da exaustão de direitos após a primeira venda de um exemplar. A única menção é em relação aos *softwares*, onde a lei especial diz não haver exaustão de direitos; mas essa regra não se aplica às obras literárias, artísticas e científicas que não sejam *softwares*. Todavia, se a ideia de que não há nenhuma exaustão fosse realmente aplicado na íntegra, o empréstimo que as bibliotecas fazem seria considerado ilegal, o que nos leva a crer que há algum grau extrínseco de exaustão sobre o direito de distribuição, a partir de algum direito constitucionalmente tutelado – embora isso não seja tão discutido quanto gostaríamos. Novamente, somos dependentes de interpretação de terceiros.

É importante salientar que a diferença entre corpo mecânico e corpo místico também pode ser mobilizada para defender que não pode haver um direito de destinação no sistema brasileiro de direito de autor. Isso porque, se o direito incide apenas no corpo místico, que é a obra do espírito protegida por direito autoral, então nada desse direito pode incluir o corpo mecânico, que não é incidido pelo direito. O objeto de proteção do direito de autor é a obra, ou seja, apenas o corpo místico.

Sabemos que o Direito de Sequência, que é o direito dos criadores obterem uma porcentagem do lucro decorrente da valorização de alguma de suas obras de arte após ela ser vendida por terceiros, provavelmente é um indicativo de que, pelo menos nas obras de arte, a possibilidade de exaustão de direitos é claramente limitada. No entanto, neste caso o corpo místico e o corpo mecânico não podem ser separados, porque não há “exemplar”, há apenas a obra, corpo místico, que coincide com o corpo mecânico.

Em outras palavras, no Brasil, o Empréstimo Digital Controlado é uma possibilidade a ser debatida na próxima reforma da lei de direitos autorais, porque é uma maneira de ampliar a atuação de nossos centros de informação. Do mesmo modo, a provável reforma da lei precisa incluir um rol de limitações generoso em benefício das bibliotecas, arquivos e museus, porque essa necessidade é histórica e permanente.

Fica claro que o debate sobre a biblioteca, enquanto ferramenta cultural de gestão da informação na sociedade, depende em grande medida de uma política informacional que a entenda como possuidora desse papel. Se as leis não dão margem para a atuação da biblioteca, ela se transforma apenas em “armazém de livros”, o que é contrário à natureza mesma da instituição e de seus profissionais.

Bibliografia

ASCENSÃO, J. O. As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. Revista da ESMape - Recife - v. 13, n. 28, p. 315-351 - jul.dez. 2008.

AUFDERHEUD, Patricia.; JASZI, Peter. How to Put Balance Back in Copyright. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

CARBONI, Guilherme. Função social do direito de autor. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

COUTO, Walter; FERREIRA, Sueli Mara Soares Pinto. Caminhos legais e ilegais para o Acesso Aberto: uma exploração de controvérsias. *Transinformação*, Campinas, v. 31, e190012, 2019. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-37862019000100311&lng=en&nrm=iso>. access on 03 Aug. 2020. Epub Nov 25, 2019. <https://doi.org/10.1590/2318-0889201931e190012>.

ELKIN-KOREN, Niva, What Contracts Can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons. *Fordham Law Review*, Vol. 74, 2005, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=760906>

HANSEN, David R.; COURTNEY, Kyle K. 2018. "A White Paper on Controlled Digital Lending of Library Books." *LawArXiv*. September 24. doi:10.31228/osf.io/7fdyr.

LATOURE, Bruno. Redes que a razão desconhece: laboratórios, bibliotecas e coleções, in PARENTE, André. (org) *Tramas da Rede: novas dimensões filosóficas, estéticas e políticas da comunicação*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2004.

POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005.

ROCHA De SOUZA, Allan, & AMIEL, Tel. (2020, July 28). *Guia Direito Autoral e Educação Aberta e a Distância: Perguntas e Respostas (Version 1.0)*. Zenodo. <http://doi.org/10.5281/zenodo.3964713>

SANTOS, Manoel Pereira dos. As Limitações aos Direitos Autorais. In: SANTOS, Manoel Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro. *Propriedade Intelectual: Direito Autoral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

VIVANT, M.; BRUGUIÈRE, J-M. *Droit d'auteur et droits voisins*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2013.