

XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo VIII Direito de Autor e Expressões Artísticas

**TÍTULO:
ALTERNATIVAS DE PROTEÇÃO DO
DIREITO AUTORAL
NO PROCESSO DE DIGITALIZAÇÃO
DE OBRAS ÓRFÃS NO BRASIL**

Gabriela Hiwatashi dos Santos



ALTERNATIVAS DE PROTEÇÃO DO DIREITO AUTORAL NO PROCESSO DE DIGITALIZAÇÃO DE OBRAS ÓRFÃS NO BRASIL

Gabriela Hiwatashi dos Santos¹

RESUMO

Com o recente processo de digitalização de obras em larga escala, a exemplo do *Google Books* e de outras bibliotecas e acervos digitais, surgem diversos questionamentos sobre a proteção do Direito Autoral nas obras digitalizadas. Para os fins do presente artigo, foram analisadas especificamente as obras órfãs (em inglês, *orphan works*), que são aquelas cujo autor ou titular de direitos não foi identificado ou, mesmo se identificado, não foi localizado para que pudesse autorizar o uso das respectivas obras. Nesse contexto, procura-se responder ao seguinte problema: como compatibilizar a proteção dos direitos autorais e o acesso à cultura e à livre circulação do conhecimento no processo de digitalização de obras órfãs no contexto nacional? O método de pesquisa utilizado é a revisão bibliográfica e legislativa para fins de definição, delimitação e contextualização da problemática. Para isso, foram verificados quatro modelos de utilização das obras órfãs: (i) Limitação da responsabilidade e doutrina do *fair use*; (ii) Determinadas utilizações permitidas de obras órfãs; (iii) Sistema de licenças coletivas sobre obras órfãs e licenças coletivas ampliadas; e (iv) Licenças específicas de uso concedidas por órgãos públicos. Em sede de conclusão, pode-se inferir que tanto a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998), quanto o Projeto de Lei nº 465/2012, não apresentam alternativas regulatórias adequadas para compatibilizar a proteção dos direitos do autor e garantir a segurança jurídica necessária na digitalização de obras órfãs capitaneada por instituições de memória. Propõe-se, portanto, uma aproximação moderada do modelo europeu de determinadas utilizações permitidas de obras órfãs.

Palavras-chave: direito autoral; obras órfãs; digitalização de obras

¹ Bacharelada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014-2019.

1. INTRODUÇÃO

Vivemos numa sociedade que valoriza cada vez mais o acesso democratizado e universal à cultura e ao conhecimento, o qual tem sido otimizado por meio da utilização de tecnologias de informação e comunicação (TICs) e da Internet, permitindo a digitalização de inúmeras obras e o desenvolvimento de grandes bibliotecas e acervos digitais. Esse conhecimento acumulado ao longo de séculos em bibliotecas tradicionais e acervos precisa ser devidamente traduzido em termos tecnológicos para garantir a preservação cultural e o devido acesso a essas obras.²

É nesse contexto que surge a questão da proteção dos direitos autorais no processo de digitalização, mais especificamente de obras órfãs, que são aquelas cujo autor ou titular de direitos não foi identificado ou, mesmo se identificado, não foi localizado para que pudesse autorizar o uso destas. Há ainda definições que incluem como obras órfãs aquelas cujos titulares são de difícil ou impossível localização por aquele que tem interesse em obter autorização para utilizá-las.³

Dessa maneira, procura-se responder ao seguinte problema: como compatibilizar a proteção dos direitos autorais e do acesso à cultura e à livre circulação do conhecimento no processo de digitalização de obras órfãs no contexto nacional? Também se pretende verificar a existência de instrumentos jurídicos, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto em ordenamentos estrangeiros, que ofereçam maior segurança jurídica na digitalização das obras órfãs; bem como propor uma alternativa regulatória para o Brasil, incentivando uma adequação da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998).

2 A importância das bibliotecas no desenvolvimento sustentável e na preservação do patrimônio cultural local e mundial foi tratada na Declaração de Lyon sobre o Acesso à Informação e Desenvolvimento, da Organização das Nações Unidas - ONU, em 2014, que convocou seus Estados Membros a se comprometerem com o acesso democrático à informação e ao conhecimento.

3 É a definição trazida no 2006 Report on Orphan Works, elaborado pelo U.S. Copyright Office, segundo a qual obras órfãs seriam “any original work of authorship for which a good faith prospective user cannot readily identify and/or locate the copyright owner(s) in a situation where permission from the copyright owner(s) is necessary as a matter of law”; p. 15.

Na primeira seção do presente artigo será feita uma breve conceituação das obras órfãs, apresentado a sua relevância e abrangência no contexto nacional e internacional e a problemática da proteção dos direitos autorais em face ao direito de acesso à cultura, evidenciada nas diversas iniciativas de digitalização de obras.

Na segunda seção será analisada a insuficiência da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998) no que diz respeito à regulação das obras órfãs e do processo de digitalização em massa que vem ocorrendo mais intensamente nas últimas décadas. Também será mencionado brevemente o Projeto de Lei nº 465/2012, que buscou propor uma solução para essa questão.

Na terceira seção serão verificados quatro modelos de proteção dos direitos autorais face ao processo de digitalização em massa de obras órfãs: (i) Limitação da responsabilidade civil para os utilizadores das obras órfãs e doutrina do *fair use*, nos Estados Unidos; (ii) Determinadas utilizações permitidas de obras órfãs, na União Europeia; (iii) Sistema de licenças coletivas sobre obras órfãs e licenças coletivas ampliadas, no Reino Unido, Dinamarca, Noruega, Suécia e Finlândia; e (iv) Licenças específicas de uso concedidas por órgãos públicos, no Canadá e Japão.

Por fim, serão avaliadas algumas alternativas de regulação de tais obras na perspectiva legal brasileira, inclusive por meio de uma proposta de alteração na Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998), para que esta possa fazer frente à nova realidade de acesso à informação e de democratização do conhecimento, impulsionada pelo crescente uso de tecnologias de informação e comunicação em nossa sociedade.

Ressalta-se que não há pretensão de esgotar o tema, tampouco de apresentar uma única e definitiva solução para o problema da utilização de obras órfãs, mas sim apenas contextualizar alguns dos principais modelos e mecanismos aplicados nos ordenamentos jurídicos selecionados e, assim, analisar as possíveis alternativas legais para o caso brasileiro e, até mesmo, propor uma necessária atualização legislativa.

É importante ter em mente que todas as alternativas jurídicas analisadas apresentam vantagens e desvantagens, cada qual com as suas limitações no que diz respeito aos direitos morais e patrimoniais

envolvidos, sendo necessário ponderar alguns valores, a dizer, de um lado, o acesso à informação, e, de outro, os direitos do autor ou titular.

2. OBRAS ÓRFÃS: CONCEITO, RELEVÂNCIA E PROBLEMÁTICA

A definição de obras órfãs comumente adotada pela doutrina nacional e internacional, em regra, remete àquela inicialmente trazida no 2006 *Report on Orphan Works*, elaborada pelo *U.S Copyright Office*, segundo a qual obras órfãs é um termo usado para descrever a situação em que o titular de uma obra protegida por direitos autorais não pode ser identificado ou localizado por aquele que deseja fazer uso da obra, visto que se exige a permissão do titular dos autorais para tal finalidade.⁴

No entanto, deve-se salientar que o conceito supramencionado não é o único existente na doutrina autoralista, variando sutilmente de acordo com o ordenamento jurídico analisado. Por exemplo, conforme a Diretiva 2012/28 da União Europeia, são consideradas obras órfãs aquelas em que nenhum dos titulares dos direitos estiver identificado ou se, apesar de um ou mais desses titulares estarem identificados, nenhum deles tiver sido localizado após ter sido realizada e registrada uma pesquisa diligente desses titulares.⁵

Dessa maneira, depreende-se que são obras ainda protegidas pelos direitos de autor, que não estão em domínio público e, portanto, exigem prévia autorização do titular para a utilização legal, exploração econômica ou digitalização dessas obras. A questão do domínio público em obras órfãs será abordada mais detalhadamente nas seções seguintes, visto que é um dos pontos de maior confusão e incerteza na doutrina autoralista.

Essa problemática se intensificou com as iniciativas de digitalização

4 No texto original do Report on Orphan Works, de 2006, “This Report addresses the issue of ‘orphan works’, a term used to describe the situation where the owner of a copyrighted work cannot be identified and located by someone who wishes to make use of the work in a manner that requires permission of the copyright owner.”; p. 17.

5 UNIÃO EUROPEIA - Diretiva nº 28/EU (Artigo 2º) 1. As obras ou fonogramas são considerados obras órfãs se nenhum dos titulares dos direitos sobre essas obras ou fonogramas estiver identificado ou se, apesar de um ou mais desses titulares estarem identificados, nenhum deles tiver sido localizado após ter sido realizada e registrada uma pesquisa diligente desses titulares nos termos do artigo 3º.

em massa e a disponibilização do material cultural até então existente somente em estabelecimentos físicos, ultrapassando fronteiras ao torná-lo acessível ao grande público, o que torna ainda mais complexa a interação entre direitos autorais e acesso sem barreiras ao conhecimento. À primeira vista, parece tratar-se de um verdadeiro nó górdio, mas com a devida comunhão de esforços regulatórios e práticos é possível permitir a expansão das iniciativas de digitalização, bem como a preservação destas obras.

A questão das obras órfãs foi, inclusive, tema de relatório oficial da *International Federation of Library Associations and Institutions* (IFLA), a qual, atentamente, desde 2007, percebeu uma crescente dificuldade por parte das bibliotecas em identificar e localizar o titular de direitos autorais para autorizar o uso e digitalização de determinada obra. Nos pronunciamentos exarados pela referida Organização, ressalta-se a necessidade de flexibilização da lei autoral, em observância ao interesse público e aos direitos do titular, por meio de uma estrutura bem delimitada.⁶

Atualmente, apesar das parcas informações disponíveis e da falta de interesse público na pesquisa e no desenvolvimento de iniciativas de digitalização, estima-se que as obras órfãs representem parte significativa da coleções de museus, arquivos, bibliotecas e acervos audiovisuais. No Brasil, embora não existam informações consistentes para determinar-se a dimensão das obras órfãs, presume-se que, considerando os estudos realizados em outros países, seja de grande relevância também no contexto nacional.⁷

Dos dados existentes, o acervo da Biblioteca Britânica, em 2009, estimou que cerca de 40% de todas as obras impressas eram órfãs, o que corresponderia a mais de 25 milhões de obras, incluindo livros, fotografias e fonogramas. Já no Museu de História Nacional de Londres, aproximadamente 20% de um milhão de livros e 25% de 500 mil itens mantidos em seu acervo. Ainda mais alarmante é a perspectiva de que

6 A International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA), organização que representa os interesses de bibliotecas, publicou duas declarações acerca da situação das obras órfãs nas iniciativas de digitalização. Disponíveis em: <https://www.ifla.org/publications/ifla-statement-on-orphan-works-2011> e <https://www.ifla.org/publications/iflaipa-joint-statement-on-orphan-works>.

7 FREITAS, Bruna Castanheira de; VALENTE, Mariana Giorgetti. *Memórias Digitais: o estado da digitalização de acervos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 38.

mais de 50 milhões de obras em um total de 503 instituições britânicas sejam obras órfãs.⁸

Ademais, nos Estados Unidos, segundo o relatório *Bibliographic Indeterminacy and the Scale of Problems and Opportunities of "Rights" in Digital Collection Building*, elaborado pelo *Council on Library and Information Resources* (CLIR), de 2011, mais de 50% dos livros da coleção do século XX do repositório digital *HathiTrust* se enquadravam na categoria de obras órfãs devido à impossibilidade de localizar o titular de direitos.⁹

A referida falta de informação acerca da autoria ou titularidade dessas obras se mostra um empecilho para a digitalização e disponibilização destas. Acredita-se que essa situação tenha dois fatores principais: (i) a eliminação das formalidades, da necessidade de registro e renovação como condição para o Direito Autoral; e (ii) a extensa duração da proteção dos direitos autorais, que, conforme o artigo 7 da Convenção de Berna, compreende a vida do autor e 50 anos depois da sua morte - prazo esse que, em alguns países, ainda foi expandido para 70 anos, o que exige, por vezes, o esforço do interessado na identificação e localização dos herdeiros do autor.¹⁰

A atual estrutura legal resulta numa grande insegurança jurídica para as instituições de memória, limitando-as e, em certos casos, até

8 Um dos principais e mais abrangentes documentos existentes sobre a dimensão do problema das obras órfãs é relatório *In from the cold: an assessment of the scope of 'orphan works' and its impact on delivery of services to the public*, elaborado pelo JISC (Joint Information Systems Committee), em 2009, que analisou mais de 500 organizações, incluindo museus, bibliotecas e universidades.

9 O HathiTrust Digital Library é um repositório digital de larga escala composto por obras de diversos gêneros disponibilizadas no Google Books, bibliotecas, universidades e outras iniciativas de digitalização e preservação cultural, contendo mais de 14 milhões de volumes, incluindo aproximadamente 5 milhões de obras em domínio público.

10 Esses fatores foram apontados por diversos doutrinadores, inclusive pelo mestre DENIS BORGES BARBOSA, na ocasião da palestra "Direitos autorais e acesso à cultura", ministrada no Seminário do Ministério da Cultura, em São Paulo, em agosto de 2008, em que o eminente doutrinador relacionou a problemática das obras órfãs ao prazo de proteção dos direitos autorais, invocando outros doutrinadores da área que afirmam que este seria um problema do século XX e que extensões de direito autoral raramente são de interesse público. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/orfandade1.pdf>.

mesmo impossibilitando-as de digitalizar e disponibilizar as obras que se encontram no seu acervo para o público, dada a inexistência de parâmetros de remuneração justa e o receio de processos judiciais e indenizações referentes ao uso sem autorização destas. Assim, é possível identificar uma tensão entre os direitos autorais inerentes ao titular e a categoria de obras órfãs, entendidas como aquelas em que este não foi identificado ou localizado, dificultando a digitalização, democratização e disseminação da produção cultural.¹¹

Tendo em vista essa situação, a União Europeia elaborou a Diretiva 2012/28, a qual abre algumas exceções para o uso permitido das obras órfãs, especialmente com o objetivo de preservar o patrimônio cultural europeu e o promover o acesso à informação. Assevera-se que o próprio texto da Diretiva reforça a importância do direito autoral no desenvolvimento das indústrias criativas, do investimento e da produção, contextualizando-o frente às recentes iniciativas de digitalização que almejam a circulação do conhecimento e a inovação no mercado interno.¹²

O legislador europeu preocupou-se em conceituar as obras órfãs de maneira clara e objetiva, não apenas para facilitar a categorização por parte dos museus e demais instituições de memória, mas também por uma precaução de caráter econômico, visto que os beneficiários da Diretiva podem gerar proventos do uso delas, desde que para realizar fins de interesse público.¹³

Em resumo, percebe-se que o problema das obras órfãs impõe uma

11 HANSEN, David R. Orphan Works: Definitional Issues. Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #1. p. 2-3. RIGNALDA, Allard. National and International Dimensions of Copyright Law in the Internet Age. Harmonizing Exemptions: The Case of Orphan Works. European Review of Private Law, 2009. p. 5.

12 UNIÃO EUROPEIA - Diretiva nº 28/EU (5) Os direitos de autor constituem os alicerces económicos das indústrias criativas dado que promovem a inovação, a criação, o investimento e a produção. A digitalização em larga escala e a disseminação das obras são, por conseguinte, um meio de proteger o património cultural da Europa. Os direitos de autor constituem um importante instrumento para garantir que o setor criativo seja recompensado pelo seu trabalho.

13 UNIÃO EUROPEIA - Diretiva 2012/28/UE (21) A fim de incentivar a digitalização, os beneficiários da presente diretiva deverão poder gerar receitas com a utilização de obras órfãs que fizerem ao abrigo da presente diretiva para realizar os objetivos relacionados com as suas missões de interesse público, inclusive no contexto de acordos de parceria público-privada.

barreira à construção de bibliotecas e acervos digitais, visto que, se não há autorização do titular para seu uso, obras protegidas pelo direito autoral não podem ser digitalizadas, tampouco reproduzidas e disponibilizadas para o público leitor em meios eletrônicos.

Sendo assim, é necessário um esforço por parte das instituições interessadas na identificação e localização dos titulares para obter uma autorização ou licença de uso, o que, por vezes, é um processo custoso e demorado - ou, em certos casos, até mesmo impossível, como se dá com as obras órfãs.¹⁴

Nesse contexto, bibliotecas, acervos e outras demais instituições culturais estão buscando adaptar-se aos novos meios de acesso à informação e de comunicação, refletindo um momento de transição do analógico para o digital, o que representa uma tradução em termos tecnológicos do tradicional papel desses estabelecimentos. Apesar disso, muitas obras não podem ser utilizadas sem que violem os direitos autorais, pois, por serem direitos exclusivos do titular da criação imaterial, requerem autorização prévia para a publicação ou digitalização, por exemplo.¹⁵

A mera existência de obras inutilizáveis acarreta numa perda do potencial de criatividade e inovação, representando uma falha estrutural do mercado ao impor àqueles que desejam utilizar as obras protegidas, ou que realizem uma pesquisa diligente custosa e longa, permeada de insegurança jurídica e de possíveis sanções civis ou penais, ou que simplesmente não a utilizem, sob risco de deterioração e esquecimento.¹⁶

Na prática, tomando como exemplo o projeto *Google Books*, que pretendia digitalizar e disponibilizar gratuitamente cerca de 18 milhões de livros, observa-se um tratamento inédito do Direito Autoral inerente

14 VALENTE, Mariana Giorgetti; FREITAS, Bruna Castanheira de. Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 62.

15 HANSEN, David R.; HINZE, Gwen; URBAN, Jennifer. Orphan Works and the Search for Rightsholders: Who Participates in a “Diligent Search” Under Present and Proposed Regimes? Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #4. p. 5-7.

16 VALENTE, Mariana Giorgetti; FREITAS, Bruna Castanheira de. Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 63.

às obras órfãs. Foi adotada uma espécie de sistema de “retribuição” *a posteriori*, o que foi fortemente criticado pelo segmento editorial.¹⁷

No caso *Authors Guild et al. v. Google*, alegou-se que tal modelo de retribuição era contrário aos princípios do Direito Autoral, uma vez em que transferia o ônus de prevenir violações autorais para o titular, e não para o usuário que se apropriou desta.¹⁸

Como será analisado posteriormente, existem alguns modelos que foram adotados em ordenamentos jurídicos estrangeiros que visam resolver a problemática das obras órfãs, mas, apesar de serem possíveis soluções, praticamente todos resultam numa violação, ainda que mínima, dos direitos autorais. No entanto, o enfoque da questão apresentada não deve ser apenas os direitos autorais da obra, mas também um sistema que facilite a digitalização e incentive o potencial criativo desencadeado por sua disseminação, de maneira a buscar uma compatibilização desses dois objetos extremamente relevantes.¹⁹

Na seção seguinte, serão expostos alguns aspectos que revelam a insuficiência da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998) no que tange à definição e regulação da categoria de obras órfãs.

3. INSUFICIÊNCIA DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS (LEI 9.610/1998)

Conforme mencionado anteriormente, ainda há divergência e incerteza na doutrina quanto à definição e delimitação da categoria de

17 Segundo LAWRENCE LESSIG, apud REIMÃO : 2017, aproximadamente 75% dos 18 milhões de livros a serem digitalizados pelo Google Books eram obras órfãs.

18 ALVES, M. A. SOUSA; RODRIGUES, M. MARCONI, O projeto Google Books e o direito de autor: uma análise do caso Authors Guild et al.v. Google. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Fortaleza, 2010. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2010. pp. 7915-7927. FROSIO, Giancarlo F. Google Books Rejected: Taking the Orphans to the Digital Public Library of Alexandria. Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, v. 28, ed. 1, 2011. p. 83-85.

19 REIMÃO, Patrícia Cristina Resende. A vida de uma obra órfã: A Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro. Uma solução? Ou um conjunto de lacunas? Tese de mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2017. p. 21.

obras órfãs. Parte dos autores utiliza essa expressão como sinônima de obras anônimas, mas esquece que o escopo é mais amplo, abrangendo também aquelas em que se sabe quem é o autor ou titular, mas não é possível encontrá-lo.

Logo, pode-se afirmar que o conceito de obras órfãs é bipartite: de um lado, são aquelas cujo autor ou titular de direitos não foi identificado (aproximando-se da classificação de obras anônimas); de outro lado, são aquelas cujo autor ou titular, mesmo se identificado, não foi localizado, após uma busca diligente, para autorizar o seu uso.²⁰

O que, num primeiro momento, pode parecer trivial e mero preciosismo teórico, na verdade, apresenta alta relevância prática, tanto para os próprios detentores de direitos, como para as instituições de memória, mas, principalmente, para a sociedade. Tal noção é essencial na contextualização das hipóteses legalmente permitidas de digitalização das obras órfãs, para que não seja violado o Direito Autoral intrínseco à obra selecionada

Conforme estabelece o art. 29 da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998), a utilização das obras depende de autorização prévia e expressa do autor, buscando, assim, oferecer uma proteção mais robusta aos direitos morais e patrimoniais do autor. No entanto, esse requisito legal pode dificultar o acesso à informação e à produção cultural, e até mesmo prejudicar os interesses do próprio titular da obra, caso este não seja encontrado para fornecer a autorização.²¹

A exigência de autorização do autor ou titular é a regra geral do sistema autoral, mas resta saber como proceder quando o autorizador não é encontrado ou localizado.

Apesar de haver previsão no art. 5º da referida Lei sobre obras anônimas, esta abrange apenas aquelas em que não se indica o nome do

20 VALENTE, Mariana Giorgetti; FREITAS, Bruna Castanheira de. Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas [recurso eletrônico]. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 64.

21 LDA, art. 29 - Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

autor, por sua vontade ou por ser desconhecido. Dessa maneira, seria equivocado e demasiado simplista enquadrar as obras órfãs na categoria de obras anônimas, visto que não se trata apenas de autoria desconhecida, e sim, por vezes, de obras cuja autoria é de fato determinável e conhecida, mas este não é encontrado pelo interessado em utilizá-la em razão da falta de informação.²²

As instituições culturais e particulares interessados em capitanear projetos de digitalização em larga escala têm receio de processos judiciais e de futuras indenizações, comumente optando por uma documentação de uma busca diligente como meio probatório, até mesmo fazendo publicações em jornais e outros meios de comunicação semelhantes. Essas medidas preventivas visam garantir uma segurança mínima de atuação, o que se mostra essencial do momento em que a legislação nacional é omissa e insuficiente.²³

Ademais, não podem ser tratadas como de domínio público, como se dá com as obras de autor desconhecido, além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais e de autores falecidos que não tenham deixado sucessores. Pelo contrário, nas obras órfãs subsiste o Direito Autoral e, portanto, não podem ser deliberadamente utilizadas pelos usuários, exigindo-se autorização do detentor de direitos e a devida retribuição pelo uso da criação.

No que diz respeito à digitalização e à disponibilização ao público destas, particularmente de obras integrais, a proteção deve ser ainda mais forte, tendo em vista que, ao propagá-las por meio das TICs e da Internet, o alcance é ilimitado, ultrapassando fronteiras e recaindo em diversos ordenamentos jurídicos. É mais desejável prevenir do que buscar

22 LDA, art. 5º - Para os efeitos desta Lei, considera-se:

.....
VIII - obra: (...)

b) anônima -- quando não se indica o nome do autor por sua vontade ou por ser desconhecido;

c) pseudônima -- quando o autor se oculta sob nome suposto; [...]

23 REIMÃO, Patrícia Cristina Resende. A vida de uma obra órfã: A Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro. Uma solução? Ou um conjunto de lacunas? Tese de mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2017. p. 21.

compensação posterior, pois toda utilização sem autorização acarreta em alguma violação de Direito Autoral e de direitos conexos, inexistindo “dano mínimo”.

A dúvida surge quanto às obras órfãs, em que a conversão destas em termos eletrônicos serve para abrir “novas vias de exploração das obras que anteriormente estariam fechadas para os seus titulares, por iniciativa dos mesmos”.²⁴

Na próxima seção, serão apresentados quatro modelos de utilização de obras órfãs: (i) Limitação da responsabilidade civil para os utilizadores das obras órfãs e doutrina do *fair use*, nos Estados Unidos; (ii) Determinadas utilizações permitidas de obras órfãs, na União Europeia; (iii) Sistema de licenças coletivas sobre obras órfãs e licenças coletivas ampliadas, no Reino Unido, Dinamarca, Noruega, Suécia e Finlândia; (iv) Licenças específicas de uso concedidas por órgãos públicos, no Canadá, Japão e Hungria.

4. ALTERNATIVAS

Conforme foi exposto nas seções anteriores, o regime jurídico brasileiro não prevê uma categorização específica e diferenciada para as obras órfãs, o que gera insegurança para os usuários e desestimula iniciativas de digitalização e modernização de bibliotecas, museus e acervos. Assim, parece evidente que alguma alternativa regulatória deve ser tomada pelo Governo brasileiro, como já foi feito em outros países, a exemplo dos Estados Unidos, Canadá, União Europeia, Reino Unido, Japão e, mais recentemente, Colômbia.²⁵

Apesar de a legislação autoral nacional estar atrasada para lidar com novos métodos de acesso à informação e à cultura, outros sistemas

²⁴ Ipad, p. 21.

²⁵ Há alguns meses, o Centro Regional para o Livro na América Latina e no Caribe - CERLALC anunciou que o Congresso colombiano havia aprovado lei sobre direitos autorais das obras órfãs e direitos conexos, e mecanismos de controle. É o primeiro país da América Latina a atualizar a legislação autoral a fim de permitir a conservação e acesso ao material cultural acumulado ao longo da história do país. Disponível em: <https://www.publishnews.com.br/materias/2018/08/14/obras-orfas-colombia-e-pioneira-na-regulamentacao-da-questao-na-a.l>

jurídicos podem ser estudados e contextualizados para servirem como fonte de inspiração para o direito brasileiro. A seguir, serão brevemente apresentadas quatro soluções legislativas encontradas em ordenamentos estrangeiros para enfrentar essa problemática.

a) Limitação da responsabilidade civil para os utilizadores e doutrina do *fair use*

É o modelo proposto pelo *US Copyright Office* e adotado nos Estados Unidos (*US Copyright Office*: 2006), que consiste na limitação da responsabilidade civil daqueles que utilizam de boa-fé obras órfãs, após uma busca diligente inexistosa pelo autor ou titular. Para ser beneficiado com essa limitação, o utilizador deve demonstrar que realizou uma busca diligente razoável na identificação e localização do detentor dos direitos autorais da obra, com auxílio de assistência técnica e tecnológica disponíveis em dadas circunstâncias.²⁶

O relatório traz uma série de fatores a serem considerados numa busca diligente: se há informações de identificação do autor, se a obra foi disponibilizada para o público geral, a idade de criação da obra ou a época em que foi publicada, a natureza e extensão do uso pretendido, tal como a utilização com ou sem fins comerciais e a relevância daquela obra na atividade do usuário. Apesar de trazer algumas diretrizes e recomendações, o conceito de “busca diligente” permanece indefinido e de difícil comprovação, resultando em insegurança jurídica.

Também recomenda-se que o usuário da obra órfã atribua claramente a autoria, sempre que possível identificar o autor ou titular do Direito Autoral. O modelo norte-americano ainda prevê duas importantes limitações nas hipóteses em que o usuário demonstrar a busca diligente e atribuir autoria ou titularidade: (i) limitação da indenização (*monetary*

26 Segundo o texto original do Report on Orphan Works, de 2006, “Such a search must be completed before the use of the work that constitutes infringement begins. The user has the burden of proving the search that was performed and that it was reasonable, and each user must perform a search, although it may be reasonable under the circumstances for one user to rely in part on the search efforts of another user.”, p. 8.

relief); (ii) limitação da medida cautelar (*injunction relief*).

A primeira limitação diz respeito ao valor indenizatório devido pelo usuário da obra na situação em que o titular do direito apareça e reclame seus respectivos direitos. Nesse caso, será devida apenas uma compensação razoável, que corresponde à quantia que seria paga pela licença voluntária concedida pelo autor. Representantes de museus, bibliotecas e acervos ressaltaram a insuficiência dessa limitação, uma vez que, ao utilizar um grande número de obras órfãs, seria proibitivo pagar uma indenização para cada uma delas.²⁷

A segunda limitação trata da medida cautelar, particularmente quanto a usuários que pretendem criar obras derivadas com base numa obra órfã, como filmes, livros e fonogramas. A fim de proteger os direitos conexos e evitar futuras demandas, determina-se que, se a obra derivada contém uma expressão significativa do usuário, o autor da obra originária não pode exigir a cessação do uso desta, sendo-lhe devido apenas o pagamento de uma compensação razoável.

Em suma, as recomendações trazidas pelo *Report on Orphan Works* não foram recepcionadas na prática autoralista; por conta disso, alguns doutrinadores defendem a adoção da doutrina do *fair use* para as obras órfãs. Segundo essa teoria, o uso dessas obras é justificado para fins de interesse público e sem fins comerciais, o que se mostra benéfico para a preservação e acesso na sociedade do conhecimento.²⁸

Apesar de o modelo norte-americano ser adequado para regular alguns aspectos das obras órfãs, não é capaz de mensurar a quantidade e a proporcionalidade do uso da obra original na obra derivada, pois esta não está disponível no mercado para que a ela seja atribuído um valor comercial. Portanto, deve-se aplicar com cautela a limitação da responsabilidade e a doutrina do *fair use*, analisando caso a caso o

27 Como resposta às críticas das instituições de memória, o US Copyright Office emendou a sugestão de limitação da indenização, isentando de pagamento o uso das obras órfãs por entidades sem fins comerciais até o momento em que o autor ou titular reclamasse seus direitos - após esse evento, devem pagar a contribuição normalmente.

28 URBAN, Jennifer M. How Fair Use Can Help Solve The Orphan Works Problem. Berkeley Law, 2012. p. 1387.

cabimento desses mecanismos.²⁹

b) Determinadas utilizações permitidas de obras órfãs

É o modelo adotado na União Europeia pela Diretiva 2012/28, que autoriza certos usos de obras órfãs por parte de bibliotecas, estabelecimentos de ensino, museus e arquivos acessíveis ao público, instituições depositárias do patrimônio cinematográfico e organismos de radiodifusão de serviço público. O objetivo central é excepcionar o uso para fins educativos, incentivando o desenvolvimento das indústrias criativas, do investimento e da produção.

A Comissão Europeia definiu alguns requisitos para o enquadramento de uma obra órfã: (i) haja alguém interessado em fazer um uso de boa-fé de uma obra, em que existe uma incerteza sobre a quem pertencem os respectivos direitos de autor; (ii) se realize uma busca diligente para identificar ou localizar os titulares dos direitos sobre a obra; (iii) se pretenda utilizar a obra para um uso específico; (iv) se necessite de uma autorização específica, a menos que a este uso seja aplicável uma exceção ou limitação aos direitos de autor.

Desse modo, são consideradas obras órfãs aquelas em que nenhum dos titulares dos direitos estiver identificado ou se, apesar de um ou mais desses titulares estarem identificados, nenhum deles tiver sido localizado após ter sido realizada e registrada uma pesquisa diligente por parte daquele que pretende obter autorização para a sua exploração.

Ainda, a Diretiva arrola os beneficiários do tratamento diferenciado em relação a essa categoria de obras, no Artigo 1º, que dispõe: “A presente diretiva diz respeito a determinadas utilizações de obras órfãs por bibliotecas, estabelecimentos de ensino e museus acessíveis ao público, bem como por arquivos, instituições responsáveis pelo patrimônio cinematográfico ou sonoro e organizações de radiodifusão

29 REIMÃO, Patrícia Cristina Resende. A vida de uma obra órfã: A Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro. Uma solução? Ou um conjunto de lacunas? Tese de mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2017. p. 45.

de serviço público estabelecidos nos Estados-Membros, para realizar objetivos relacionados com a sua missão de interesse público.”

O texto comunitário regula ainda a utilização econômica das obras órfãs, ao permitir parcerias público-privadas, das quais podem resultar proventos financeiros, desde que para realizar fins de interesse público. A Disposição 21 declara: “A fim de incentivar a digitalização, os beneficiários da presente diretiva deverão poder gerar receitas com a utilização de obras órfãs que fizerem ao abrigo da presente diretiva para realizar os objetivos relacionados com as suas missões de interesse público, inclusive no contexto de acordos de parceria público-privada.”³⁰

A alternativa europeia é moderada na autorização de uso das obras órfãs, salvaguardando um espaço significativo de proteção do Direito Autoral do autor ou titular. A Diretiva não se limita às instituições públicas, exigindo apenas que sejam “acessíveis ao público” e promovam a livre circulação do conhecimento e da inovação no mercado interno, bem como a aprendizagem e a disseminação da cultura.

Entretanto, o presente modelo é alvo de críticas por prever uma compensação equitativa pela utilização que foi feita das suas obras ou material protegido no caso de o titular reclamar os seus direitos, o que é visto como um desincentivo para as entidades em razão do risco atrelado à utilização sem autorização do detentor de direitos.³¹ Outra crítica é o

30 RESENDE, Jorge; ROCHA, Manuel Lopes. Direitos de autor em ambiente digital: desenvolvimentos recentes na legislação comunitária. Apresentação em Congresso: Lisboa. p. 3. Disponível em: <https://www.bad.pt/publicacoes/index.php/congressosbad/article/download/420/pdf>

31 UNIÃO EUROPEIA - Diretiva nº 28/EU (18) Os titulares de direitos deverão poder pôr termo ao estatuto de obra órfã no caso de se apresentarem para reclamar os seus direitos sobre a obra ou outro material protegido. Os titulares de direitos que ponham termo ao estatuto de obra órfã deverão receber uma compensação equitativa pela utilização que foi feita das suas obras ou material protegido ao abrigo da presente diretiva, a determinar pelo Estado-Membro em que se encontra estabelecida a organização que utiliza uma obra órfã. Os Estados-Membros deverão poder determinar em que circunstâncias pode ser organizado o pagamento dessa compensação, incluindo a data de vencimento desse pagamento. A fim de determinar o possível nível de compensação equitativa, deverão ser tidos em conta, nomeadamente, os objetivos de promoção cultural dos Estados-Membros, a natureza não comercial da utilização feita pelas organizações em causa para atingir objetivos relacionados com as suas missões de interesse público, como sejam a promoção da

escopo limitado de beneficiários da utilização das obras órfãs, o que não seria suficiente para alcançar os objetivos da “Europa 2020: Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”.

c) Sistema de licenças coletivas sobre obras órfãs e licenças coletivas ampliadas

É o modelo adotado no Reino Unido, Dinamarca, Noruega, Suécia e Finlândia, consistindo num sistema misto de licenças coletivas e em licenças coletivas ampliadas (*extended collective licence*).

O primeiro é o sistema predominante no Reino Unido, em que a gestão coletiva se estende automaticamente para todos os titulares de direitos desconhecidos ou não localizados, ainda que estes não integrem a sociedade controladora. A licença de uso da obra órfã é conferida pela própria sociedade de gestão coletiva e regulada pelo órgão estatal competente, proporcionando maior segurança jurídica no uso destas, uma vez em que o titular da obra poderá reclamar seus direitos e receber uma compensação equivalente. Também será fixada uma remuneração a ser transferida para a entidade de gestão coletiva.

Entretanto, esse modelo não é bem aceito por alguns doutrinadores por não exigir a busca diligente pelo autor ou titular de Direito Autoral, simplesmente delegando a função às sociedades de gestão e utilizando-as como garantidoras no caso de posterior reclamação. Outro argumento desfavorável é a limitação territorial da proteção, já que o modelo nórdico é aplicável tão somente na Dinamarca, Noruega, Suécia e Finlândia, sendo de difícil transposição a nível multinacional.³²

O segundo é o sistema adotado nos países nórdicos, caracterizado pela combinação de transferência voluntária dos direitos do titular para a sociedade de gestão coletiva. A fim de proteger os interesses dos

aprendizagem e a disseminação da cultura, e os possíveis danos para os titulares dos direitos.

32 REIMÃO, Patrícia Cristina Resende. A vida de uma obra órfã: A Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro. Uma solução? Ou um conjunto de lacunas? Tese de mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2017. p. 47.

detentores de direitos, esse modelo permite que aqueles que não desejam fazer parte de uma entidade de tal espécie optem por se retirar do sistema, não ficando mais submetidos à licença coletiva ampliada. Observa-se certa dificuldade na implementação de tal regime, pois exige uma boa organização e desenvolvimento dessas sociedades, o que, por vezes, deve ser complementado com fiscalização governamental.³³

Nesse contexto, verifica-se que as licenças coletivas e licenças coletivas ampliadas são adequadas apenas para países que já atingiram um nível mais elevado de desenvolvimento e organização administrativa, em que há transparência na atividade das sociedades de gestão coletiva e previsibilidade

d) Licenças específicas de uso concedidas por órgãos públicos

É o modelo encontrado em países como Canadá, Japão e Hungria, no qual o interessado em utilizar uma obra órfã, isto é, aquela cuja identidade ou localização do detentor de direitos não pode ser auferida por meio de uma busca diligente, deve requerer uma licença de uso perante o órgão público competente. Os requisitos e condições de concessão da licença ficarão ao encargo de cada entidade administrativa ou judicial local.

As licenças específicas serão analisadas e concedidas individualmente pelo órgão público controlador, que irá verificar a realização de uma prévia busca diligente, o potencial do licenciado e as condições de uso. O interessado deve demonstrar que realizou esforços razoáveis para localizar o detentor de direitos como pré-requisito para a concessão da licença, podendo utilizar como meio probatório o contato com sociedades de gestão coletiva, bibliotecas, editoras, arquivos oficiais e até mesmo pesquisas na Internet.

Se o órgão competente se convencer da busca diligente, poderá conceder a licença, que deve ser obrigatoriamente não exclusiva e limitada territorialmente. Além disso, estipula-se um valor a ser pago pelo

³³ HANSEN, David R. Orphan Works: Mapping the Possible Solution Spaces. Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #2. p. 11.

usuário para o titular de direitos, que seria a quantia correspondente à remuneração caso fosse obtido o consentimento para licença voluntária. Tal valor será pago diretamente para a administração, podendo o titular reclamar seus direitos em até 5 (cinco) anos da data de término da licença; se não reclamado, o respectivo valor pode ser usado para outros fins de interesse da entidade.

Esse sistema é adotado também em países como Coreia do Sul e Índia, variando de ordenamento para ordenamento. A maior vantagem da licença específica de uso concedida por órgãos públicos é a segurança jurídica que oferece ao usuário da obra órfã, porque, uma vez autorizada, poderá usá-la sem qualquer receio de estar violando o Direito Autoral. O presente modelo também é interessante para o titular de direitos, que poderá exigir a compensação devida pelo uso de sua criação, sem que possa ser utilizada exclusiva e ilimitadamente pelo particular.

Não obstante, assim como o sistema de licenças coletivas e ampliadas, demanda uma estruturação mais robusta dos órgãos públicos responsáveis pela fiscalização e concessão de licenças, o que resultaria num modelo demasiado caro, demorado e inadequado para satisfazer os interesses do licenciado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preservar o material histórico-cultural e possibilitar o acesso universal a essas informações deve ser um objetivo comum da comunidade internacional, especialmente quanto às obras órfãs, que, como o próprio nome faz alusão, correm risco de serem abandonadas e esquecidas nas bibliotecas e acervos. Prevenir a perda desses recursos significa proporcionar uma fonte extremamente inspiradora e completa para o público, democratizando o conhecimento e disseminando a cultura.

Assevera-se que a digitalização em massa pode oferecer à sociedade um acesso universal à informação e o incentivo à produção acadêmica e científica, já que podem ser utilizadas como base para a criação de obras derivadas. Para tornar realidade essa figura da biblioteca de Alexandria, é preciso que alterações legislativas sejam feitas imediatamente e que as

instituições de memória sejam ouvidas nesse processo de aperfeiçoamento da Lei autoral.

Em sede de conclusão, portanto, pode-se inferir que tanto a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998), quanto o Projeto de Lei nº 465/2012, não apresentam alternativas regulatórias adequadas para compatibilizar a proteção dos direitos do autor e garantir a segurança jurídica necessária na digitalização de obras órfãs. Propõe-se, portanto, uma aproximação moderada do modelo europeu de determinadas utilizações permitidas de obras órfãs, por entendermos que, na conjuntura do Direito Autoral brasileiro, a solução cabível é inicialmente mais restrita e para fins educativos, de maneira a permitir que bibliotecas, estabelecimentos de ensino e museus cumpram o seu papel principal.

REFERÊNCIAS

ALVES, M. A. SOUSA; RODRIGUES, M. MARCONI. **O projeto Google Books e o direito de autor: uma análise do caso Authors Guild et al.v. Google.** In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Fortaleza, 2010. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2010. p. 7915 -7927.

BARBOSA, Denis Borges. **Direitos autorais e acesso à cultura.** São Paulo: Seminário do Ministério da Cultura, 2008. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/orfandade1.pdf>

BEZOS, Salvador M. **International approaches to the orphan works problem.** Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=989213>.

FREITAS, Bruna Castanheira de; VALENTE, Mariana Giorgetti. **Memórias Digitais: o estado da digitalização de acervos no Brasil.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

_____. **Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

HANSEN, David R. **Orphan Works: Definitional Issues.** Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #1

_____. **Orphan Works: Mapping the Possible Solution Spaces.** Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #2

_____. **Orphan Works: Causes of the Problem.** Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #3

_____. **Orphan Works and the Search for Rightsholders: Who Participates in a “Diligent Search” Under Present and Proposed Regimes?** David R. Hansen, Gwen Hinze, and Jennifer Urban. Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #4

_____; HINZE, Gwen; URBAN, Jennifer. **Orphan Works and the**

Search for Rightsholders: Who Participates in a “Diligent Search” Under Present and Proposed Regimes? Berkeley Digital Library Copyright Project. White Paper #4.

REIMÃO, Patrícia Cristina Resende. **A vida de uma obra órfã: A Diretiva 2012/28/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro. Uma solução? Ou um conjunto de lacunas?** Tese de mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2017.

RESENDE, Jorge; ROCHA, Manuel Lopes. **Direitos de autor em ambiente digital: desenvolvimentos recentes na legislação comunitária.** Apresentação em Congresso: Lisboa.

RIGNALDA, Allard. **Orphan Works, Mass Rights Clearance, and Online Libraries: The Flaws of the Draft Orphan Works Directive and Extended Collective Licensing as a Solution.**

_____. **National and International Dimensions of Copyright Law in the Internet Age. Harmonizing Exemptions: The Case of Orphan Works.** European Review of Private Law, 2009.

