

**OS LIMITES DA PUBLICAÇÃO DE CONTEÚDO PRODUZIDO EM
ESTABELECIMENTO DE ENSINO:
Estudo de caso entre a Lei dos Direitos Autorais e o Marco Civil da Internet.**

Marcos Wachowicz¹

Rodrigo Otávio Cruz e Silva²

RESUMO:

O presente estudo aborda a questão dos limites do direito de armazenamento e publicação dos conteúdos produzidos nos estabelecimentos de ensino na atividade de docência em sala de aula, a gravação das aulas pelos alunos e a sua transposição para ambientes digitais na rede mundial de computadores INTERNET. Neste sentido entende-se que eventual gravação/filmagem feita por aluno sem autorização prévia do docente que a ministrou, ainda que destinada exclusivamente ao uso privado, diverge da natureza da limitação prevista na Lei n. 9.610/98 (LDA), que trata da autorização referente ao conteúdo do “apanhado de lições” com o intuito de viabilizar o melhor resultado do aprendizado. Nesse ponto a efetividade do aprendizado não se relaciona com o direito de gravação da aula, diferente disso, a gravação envolve elementos que extrapolam os direitos autorais, a exemplo dos direitos de personalidade (morais) do autor. O estudo conclui que, a garantia do destinatário da lição recebida em sala de aula e a respectiva liberdade de expressão desse mesmo destinatário, não se relaciona com o direito de armazenamento e divulgação do conteúdo na internet.

Palavras-chave:

**DIREITOS AUTORAIS – DIREITOS MORAIS DO AUTOR –
GRAVAÇÃO DE AULA – MARCO CIVIL DA INTERNET**

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa – Portugal. Professor de Direito da Propriedade Intelectual da Faculdade de Direito da UFPR. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial (GEDAI/PPGD-UFPR). E-mail: marcos.wachowicz@gmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial (GEDAI/PPGD-UFPR). E-mail: rodrigooocs@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O que se almeja com o presente artigo é fomentar um debate norteado pela necessária harmonização entre os interesses envolvidos, especialmente no debate sobre os limites do direito de armazenamento e publicação dos conteúdos gerados em estabelecimento de ensino, com a liberdade de expressão no ambiente digital da internet.

1. A IDEIA DE LIMITES DO DIREITO EXCLUSIVO DO AUTOR

O fundamento e a economicidade dos bens intelectuais nascem do reconhecimento pelo Direito de uma nova classe de bens de natureza intangível ligados à pessoa do criador, cuja titularidade é juridicamente instituída com base em direitos exclusivos, responsáveis por conferir a escassez tão cara aos bens econômicos.

O exercício desse direito exclusivo é limitado aos usos econômicos³, não extensível, portanto, aos usos não econômicos e, no caso dos direitos autorais, não extensível à utilização privada⁴. É importante ressaltar que o exclusivo do autor não tem por objetivo a eficiência na exploração da criação, nem é garantia de lucro e de retorno do investimento, a depender do mercado.

Feita essa breve explanação, torna-se imprescindível entender a ideia de limites do direito de autor, ou o que se convencionou chamar de limitações do direito exclusivo.

A proteção jurídica do direito de autor e os seus limites face ao direito de acesso (à informação, ao conhecimento e aos bens culturais), durante muito tempo foi analisado sob perspectivas distintas e estanques. O primeiro sendo tratado como um direito exclusivo e individual do criador sobre sua criação, materializada como bem intelectual.

³ “Utilização: direito de utilização exclusiva da obra a que se refere o inciso constitucional é limitado à sua utilização patrimonial (econômica). Em outras palavras, o dispositivo constitucional garante ao autor apenas um direito exclusivo de controle de utilização patrimonial da obra. A utilização privada da obra não está contida na garantia constitucional do exclusivo. As razões que levam a essa conclusão são encontradas e facilmente explicadas pela própria natureza dos bens intelectuais que, ao contrário do que ocorre no que toca à utilização de bens materiais, pressupõe necessariamente a adesão da obra intelectual ao patrimônio cultural pessoal daqueles que dela tomem conhecimento. (...). Isto posto, o dispositivo constitucional não pode estar se referindo a um direito exclusivo de autor sobre a utilização da obra para além dos limites do âmbito patrimonial. Esse tipo de direito exclusivo é impossível”. (SILVEIRA, Newton; BARBOSA, Denis Borges; e GRAU-KUNTZ, Karin. Nota ao Anteprojeto de Lei para Reforma da Lei Autoral submetido à Consulta Pública pelo Ministério da Cultura. In: In: WACHOWICZ, Marcos (org.) *Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. pp. 220-221).

⁴ “Daqui resulta que a afirmação do princípio da liberdade do uso privado deveria ser completada: é livre, na falta de disposição legal em contrário” (ASCENSÃO, José de Oliveira. A proposta do MinC de reforma da LDA: as limitações aos direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos (org.) *Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. pp. 120).

O segundo, tido como um limite desse exclusivo, ao perceber a obra como parte do patrimônio cultural de uma sociedade, com tratamento vinculado a uma natureza coletiva cuja proteção seria atribuída ao Estado, na tutela dos direitos culturais.

Essas visões lineares e simplistas hoje se apresentam como inadequadas, na medida em que fazem uma abordagem reducionista da tutela dos bens intelectuais, tratando-os como partes isoladas num todo maior que se incorporariam à cultura de uma determinada sociedade. Há um equívoco também neste raciocínio, pois a dimensão cultural de uma determinada sociedade é maior do que a soma dos bens intelectuais nela existentes, o todo é maior que a soma das partes. Assim, a riqueza cultural de um povo é mais do que a soma de seus bens intelectuais, porque, quanto mais diversificados estes forem, maior será a riqueza de sua diversidade cultural e maior será a potencialidade de criação de bens imateriais.⁵ E, além disso, afirmar que toda obra protegida torna-se parte integrante do patrimônio cultural de um povo, soa como um exagero a ser evitar.

O objeto dos direitos autorais, especialmente no contexto da vida social da informação, desperta interesses muitas vezes tidos como antagônicos e que, por isso mesmo, não podem deixar de existir. É imprescindível que exista concorrência para o surgimento de novas tecnologias. É salutar que forças opostas convivam em harmonia ao mesmo tempo em que se desafiam, e que até por vezes possam se prejudicar, mas que em todos os casos permitam mutuamente a cicatrização das feridas da evolução.

Existindo interesses antagônicos e estando cada um deles bem representados por seus defensores num campo norteado pelo equilíbrio e pela justiça social, a concorrência tende a promover o espírito da evolução, do conhecimento, do empreendedorismo e fará surgir a ambição de destino certo como foi a invenção do computador, ou mesmo a ambição da incerteza que possibilitou encontrar um novo mundo atravessando mares na época dos descobrimentos.

No interesse *individual* do autor verificam-se questões pessoais e econômicas provenientes das criações por ele concebidas. No interesse da *coletividade* verifica-se o

⁵ “A criação não é um ato dissociado do contexto sociocultural da qual emerge, mas, sim, parte integrante deste; assim como que a pintura do quadro Guernica de Pablo Picasso representa, muito mais do que os sentimentos de um pintor, pois vai além, alcança e interage com o imaginário coletivo de todo um povo. Picasso não pintou Guernica para expressar apenas seus sentimentos, mas também traduzir um anseio maior de uma sociedade. É preciso ter-se claro que, desde a sua concepção, a obra de arte é feita para ser apresentada e disponibilizada ao público. É neste diálogo entre autor e sociedade que reside a essência da exteriorização do bem intelectual. Com efeito, o bem intelectual é concebido para ser apreciado, compartilhado e utilizado pela sociedade.” (WACHOWICZ, Marcos. Direitos Autorais e Diversidade Cultural: Acesso à Cultura e ao conhecimento no âmbito ibero-americano. IN WACHOWICZ, Marcos; MORENO, Guillermo Palao. (organizadores) Propriedade Intelectual: Inovação e conhecimento. Curitiba: 2010. p .57).

benefício social que essas mesmas criações tendem a proporcionar. No interesse *pessoal* do autor verifica-se o reconhecimento do criador e a possibilidade de exercer o exclusivo patrimonial. E nesse ponto ambos os interesses precisam conviver em harmonia para um propósito específico de desenvolvimento, almejando uma composição que encontre a melhor harmonia entre o direito do autor e o direito de acesso.

É para isso que os limites dos direitos autorais servem, para evitar que as prerrogativas do autor reinem soberanas sobre o interesse público. É então que as limitações surgem como regras para uma batalha justa e culturalmente construtiva⁶.

A relevância do direito de acesso é inerente ao debate público dos limites dos direitos autorais, visto a consideração de prerrogativas fundamentais e sociais no interesse da coletividade. De outro lado, o exclusivo do autor também é garantido pela Constituição com a mesma natureza de direito fundamental (art. 5º, inc. XXVII⁷), surgindo assim a indagação de como resolver esse conflito entre prerrogativas fundamentais?

Primeiramente, ao comparar o direito de acesso à cultura com o exclusivo do autor, reconhece-se a superioridade do acesso à cultura por sua dimensão pública. Mas apenas tal reconhecimento não resolve a questão da harmonização. Para tanto, é preciso estabelecer os pontos de equilíbrio para se resolver o problema.

Assim, se de um lado “o direito de autor se revela um obstáculo ao acesso ao patrimônio cultural, terá de ceder alguma coisa”, e por assim dizer, também, “o (livre) acesso aos bens culturais” terá de ceder alguma coisa. Tal harmonização, por exemplo, pode ser vista na utilização da obra no meio digital, que pressupõe investimentos para que o título seja disponibilizado ao público, e “por isso, o acesso à obra na internet, salvo limite particular, poderá tornar-se oneroso”⁸.

⁶ “Generalizou-se em textos internacionais o uso da expressão ‘limites e exceções’ para referir as restrições aos direitos autorais. A razão é facilmente perceptível. Há quem considere todas as restrições excepcionais e conseqüentemente sujeitas ao regime gravoso da regra excepcional; e quem entenda que se trata de simples limites da atribuição, contidos em regras comuns. Os textos internacionais pretendem fugir à polêmica. A LDA prefere referir “Limitações”. Faz a opção certa, a nosso ver, porque as restrições não são excepcionais. Pode haver entre elas regras excepcionais, mas isso pela natureza intrínseca da regra e não pelo simples fato de limitar um direito autoral: como se este fosse um absoluto e tudo o que o limitasse tivesse de ser considerado uma exceção!” (ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (orgs). *Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 39).

⁷ CF, art. 5º. (...): XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 18-21.

Um dado histórico que merece registro na definição de limites ao exclusivo do autor é o surgimento da regra dos três passos (*‘three step test’*), que estabelece regras de limitações aos direitos autorais. A chamada regra dos três passos teve origem na Conferência de Estocolmo de 1967, com a introdução do direito de reprodução. A sua consagração ocorreu em 1971, na Conferência de Paris, momento em que passou a fazer parte do texto da Convenção de Berna⁹, no art. 9º, “n. 2”. A regra também foi incorporada em 1994 pelo Acordo TRIPS-OMC, art. 13¹⁰. Os três passos que definem os limites à proteção autoral são os seguintes: **1º passo** – em certos casos especiais; **2º passo** – desde que essa reprodução não prejudique a exploração normal da obra; **3º passo** – nem causasse um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

O fundamento da existência de limite ao exclusivo está no fato de que os direitos autorais não são dos autores, não existem apenas para garantir a relação autor-obra e tutelar os interesses econômicos correspondentes – apesar de a estrutura da Lei de Direito Autoral brasileira assim deixar transparecer –, a verdade é que os direitos autorais existem para além disso, pois a sua conotação pública pede uma conciliação dos interesses públicos e privados, e assim deve ser entendido.

A essência das limitações está vinculada ao equilíbrio necessário que se volta à efetivação da ordem jurídica como um todo, através da harmonização dos interesses fundamentais relativos ao acesso às obras intelectuais.

Sobre os limites de autor é a lição de José de Oliveira Ascensão:

“(…). A disciplina do direito de autor concilia os interesses do autor com os interesses coletivos. Os limites de autor marcam os espaços de liberdade que se devem preservar, para dar satisfação aos interesses coletivos. Entre os quais se encontra o da possibilidade de acesso generalizado aos bens culturais.

A Lei dos Direitos Autorais necessita urgentemente de reforma neste domínio, é unilateral e avarenta. Só concede o que não podia deixar de fazer, com um certo casuísmo e sempre pelo mínimo. Não tem sensibilidade aos interesses coletivos, incluindo portanto o do acesso aos bens culturais”¹¹.

⁹ **Convenção de Berna: Artigo 9.** 1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução das suas obras, de qualquer maneira e sob qualquer forma. 2) **Fica reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.** 3) Qualquer gravação sonora ou visual é considerada como uma reprodução para a presente Convenção.

¹⁰ **Acordo TRIPS-OMC: Artigo 13.** Limitações e Exceções. Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.

¹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 26.

No Brasil os limites estão previstos no art. 46 e ss da Lei 9.610/98. Já a extensão desses limites já foi objeto de debate doutrinário e jurisprudencial, entre correntes que defendiam que o rol do art. 46 seria taxativo, e correntes que defendiam se tratar de um rol seria exemplificativo, prevalecendo o segundo entendimento¹².

Nesse debate, o Superior Tribunal de Justiça no intuito de analisar a finalidade da norma apresentou entendimento pela necessária interpretação sistemática e teleológica do art. 46, de modo a assegurar a tutela dos direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, reconhecendo a natureza exemplificativa da norma:

RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO- ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA.

I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita.

II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.

III - O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.

III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS.

IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais "não conflita com a utilização comercial normal de obra" e "não prejudica injustificadamente os interesses do autor".

V - Recurso especial parcialmente provido.

(STJ - REsp 964.404/ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 15/03/2011, DJe 23/05/2011)

¹² “Uma leitura extensiva das limitações (e, conseqüentemente, restritiva aos direitos de propriedade) se justifica em particular quando o texto literal das limitações se mostra histórica e constitucionalmente injustificável”. BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro, 2003, fls. 8. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros_digitais.html>. Acesso em: 28 set. 2017.

Em igual sentido, tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal (RE 113505, 28/02/1989) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (Ap. 0013138-16.2012.8.26.0066, 21/01/2014).

Ademais, os limites do exclusivo de autor podem ser considerados intrínsecos ou extrínsecos. Os primeiros podem ser vistos na LDA brasileira nos artigos 46 e ss. No art. 46 estão previstos os usos livres da obrigatoriedade de autorização e remuneração do autor ou dos titulares dos exclusivos. O prof. Guilherme Capinzaiki Carboni enumera essas limitações:

“Tais limitações têm como base: (a) o direito à reprodução de notícia; (b) o direito de imagem; (c) o direito dos deficientes visuais; (d) o direito à reprodução de pequenos trechos; (e) o direito de citação de passagens para fins de estudo, crítica ou polêmica; (f) o direito ao aprendizado; (g) o direito de demonstração da obra à clientela; (h) o direito à representação teatral e à execução; musical em domicílio e para fins didáticos; (i) o direito de produzir prova judiciária ou administrativa; (j) o direito de reproduzir pequenos trechos de obras preexistentes em obra maior; (k) o direito à paráfrase e à paródia; e (l) o direito de reprodução de obras situadas em logradouros públicos”¹³.

Já os limites extrínsecos resultam da coexistência entre direitos, “surgem perante os outros como limitações: impedem uma satisfação unilateral dos outros direitos. São por isso limites extrínsecos: não é necessário a lei autoral prevê-los, porque em qualquer caso surgiriam a exigir a necessária conciliação”¹⁴.

O prof. Ascensão, ao analisar as limitações da LDA, apresenta duas espécies: *utilizações livres* – não remuneradas e tendencialmente automáticas – e as *outras restrições* – como as licenças compulsórias, com contrapartida econômica¹⁵.

Sobre a relação entre o direito de acesso e as limitações dos direitos autorais, Allan Rocha de Souza defende que é o próprio interesse público primário, constitucionalmente garantido, que justifica as limitações:

“O direito de acesso é um direito fundamental cultural constitucionalmente e internacionalmente reconhecido. Enquanto a determinação constitucional é

¹³ CARBONI, Guilherme Capinzaiki. *Direito autoral e acesso ao conhecimento: em busca de um equilíbrio*. In: Revista Juris, Faculdade de Direito, Fundação Armando Alvares Penteado. Vol 1. São Paulo: FAAP, fls. 21-46, p. 26. 2009. Disponível em: <http://www.faap.br/revista_faap/juris/juris_vol_1_2009.pdf>. Acesso em 09 de set. 2017.

¹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (orgs). *Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 42.

¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (orgs). *Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 39.

pela ampla liberdade, a exceção é a restrição ao acesso. Assim, os direitos patrimoniais de autor conformam uma exceção dentro da perspectiva libertária dos direitos culturais, dos quais é espécie. Em razão do direito de participação cultural e do direito de acesso aos bens culturais o que é, de fato, limitada é a exclusividade e não a liberdade de acesso.

A inversão desta lógica ofende a Constituição quando retira ou esvazia a funcionalidade da proteção e do exercício dos direitos autorais. Ao assegurar a proteção às criações, não afastou o constituinte a garantia de acesso nem o exercício dos direitos culturais.”¹⁶.

Nessa indispensável harmonização, o direito de autor não pode se apresentar como um desestímulo ao surgimento de novas criações, pois a prevalência do acesso à cultura impõe respeito a garantias fundamentais que estão acima de interesses individuais. É nesse ponto que os interesses públicos e privados sobre as criações precisam coexistir, e o papel dos limites é determinante para tanto, promover a harmonização necessária¹⁷.

2. TITULARIDADE E DESTINATÁRIOS DOS CONTEÚDOS GERADOS EM SALA DE AULA

Apresentada a relação entre o exclusivo de autor e as respectivas limitações, passa-se à problemática das criações concebidas em sala de aula, especialmente, na relação estabelecida no processo de ensino e aprendizagem, entre professores e alunos.

Nesse sentido, transcreve-se o inciso IV, art. 46, da LDA:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

[...];

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

O enunciado do inciso IV, estabelece duas situações jurídicas distintas numa mesma norma, uma limitativa e outra definidora do exclusivo do autor. A identidade de ambas as situações está no fato jurídico objeto da norma, qual seja, a relação entre criador-criação-destinatários e a tutela das criações concebidas em estabelecimentos de ensino, precisamente, “o apanhado de lições” por seus destinatários.

¹⁶ SOUZA, Allan Rocha. *Direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2012. p. 133-134

¹⁷ “O que se pretende fazer é lembrar o direito que todo mundo tem de receber os frutos morais e materiais de sua criação. O direito autoral não pode ser uma barreira ao acesso, ao contrário, ele foi criado para ser um estímulo de produção (...).” (BARBOSA, Denis Borges. *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 104).

Isto é, a citada norma autoral não abarca toda e qualquer criação intelectual gerada em estabelecimentos de ensino. Tem por objeto aquelas nascidas da interação entre educadores e educandos, na percepção lógica de que a construção do saber se faz por meio de anotações do conhecimento compartilhado e de reflexões provocadas pelos mestres no pleno exercício da docência. E assim autoriza o exercício da limitação para o uso privado do destinatário.

Não fosse a relação entre professor e alunos essa obra inexistiria, porquanto é possível dizer a existência de autoria sobre as obras intelectuais concebidas para a construção do saber em estabelecimentos de ensino. Por outro lado, ainda que reconhecida a titularidade, não seria plausível imaginar a necessidade de autorização prévia para educandos registrarem o conhecimento recebido na construção do saber. Esta se apresenta como a principal limitação do exclusivo do autor voltada para fins educacionais, claramente na tutela do interesse público.

Contudo, no interesse particular do autor, a parte final do dispositivo impõe restrição ao exercício do limite por parte dos educandos. Notadamente reafirma o direito de publicação como um direito que permanece na esfera de autonomia do autor, de modo que eventual publicação das lições em estabelecimento de ensino necessita de autorização prévia e expressa de quem as ministrou.

Pela análise do inciso IV, percebe-se nítida a titularidade da limitação por parte dos educandos, bem como a presença do exclusivo do autor sobre o direito de reprodução. O dispositivos bem demonstrar a busca pela harmonização dos interesses envolvidos.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, MARCO CIVIL DA INTERNET E PUBLICAÇÃO DE CONTEÚDOS PRODUZIDOS EM ESTABELECIMENTO DE ENSINO

Apresentados os limites do exclusivo do autor, e analisado o limite previsto no inciso IV, art. 46, da LDA, relativo à limitação do exclusivo para fins educacionais na relação entre educador-criação-educando, passa-se agora à problemática entre os direitos da liberdade de expressão e o direito de publicação dos apanhados de lições por parte de educandos, especialmente no contexto do ambiente virtual, na internet.

A partir disso, é possível levantar a seguinte **hipótese**: em que medida o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino se relaciona - ou impõe limites - com o direito

fundamental de liberdade de expressão e o direito de publicação tutelado pelo exclusivo de autor, de modo a permitir a livre expressão dos destinatários?

Inicialmente, é de se ressaltar a entrada em vigor da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet (MCI). Trata-se da primeira legislação nacional a estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres relativos à internet. Os artigos 2º, 3º e 4º, estabelecem as diretrizes basilares sobre o uso da internet no Brasil, a saber: a) os *fundamentos*, destacado o respeito à liberdade de expressão; b) os *princípios*; e c) os *objetivos*. Sobre esses dispositivos observa-se que o legislador ordinário seguiu o legislador constituinte que nos artigos 1º, 2º e 3º da Constituição Federal postou, quanto ao Estado brasileiro, os *fundamentos*, *objetivos* e *princípios*, estes nas relações internacionais.

A respeito do problema colocado, é de se destacar na Constituição a presença no núcleo sistêmico de garantias fundamentais da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, em dispositivos como os incisos IV, V, VI, IX, X, XIII e XIV, do art. 5º, e o art. 220¹⁸.

No tocante à liberdade de expressão, tal direito fundamental também encontra previsão em diversos dispositivos do MCI, a exemplo dos artigos abaixo:

“Art. 2º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à **liberdade de expressão**, bem como:”

“Art. 3º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - **garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;**”

“Art. 8º. A garantia do direito à privacidade e à **liberdade de expressão** nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”.

A defesa da liberdade de expressão na internet é fundamental por representar um instrumento de reformulação social, política, econômica, cultural e de reafirmação da própria ideia de democracia. Por esse motivo a atenção dada pelo MCI no tocante à livre manifestação do pensamento no ambiente virtual.

Nesse sentido, sobre a prevalência da liberdade de expressão em relação a outros direitos fundamentais no espaço virtual, é a lição de Ulisses Schwarz Viana:

¹⁸ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

E sempre atentos aos perigos e riscos constantes da *slippery slope*, acima estudada, deve ser reconhecido o fato de que nesse espaço virtual democrático deve prevalecer como *preferred position* a liberdade de expressão, não como um elemento absoluto na perspectiva do sistema jurídico, mas cedendo somente quando produzir conflitos absolutamente insuportáveis com outros valores e princípios constitucionalmente estabelecidos, mas sempre sob a inspiração do art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir, informações e ideias *por quaisquer meios* e independente de fronteira.”¹⁹

O MCI no art. 19²⁰ regulamentou a responsabilidade provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Pelo dispositivo, o legislador, sob o fundamento da liberdade de expressão e para impedir a censura, optou por estabelecer a regra do *judicial notice and takedown* (notificação judicial e retirada), pacificando o debate que vinha sendo travado na jurisprudência. A partir de então a responsabilização de websites por conteúdo de terceiros ocorrerá “se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente”.

Como dito, o fundamento do *caput*, do art. 19, é a tutela da liberdade de expressão e para evitar a censura. Apesar da regra do *judicial notice and takedown*, nada impede

¹⁹ VIANA, Ulisses Schwarz. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil. In: LEITE, George Salomão, e LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 143.

²⁰ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§1º. A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§2º. A aplicação do disposto neste artigo para infrações a **direitos de autor ou a direitos conexos** depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§3º. As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§4º. O juiz, inclusive no procedimento previsto no §3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2º do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a **direitos de autor ou a direitos conexos**, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei.

que o provedor, pautado na política prevista nos “termos de uso do website”, promova a retirada de conteúdo quando ocorrer violação por parte de usuários. Portanto, a regra do art. 19 é destinada especialmente para demandas entre provedores e usuários.

Ademais, duas são as exceções a tal regra, a primeira, prevista no §2º, do art. 19, refere-se a infrações de direitos autorais, e a segunda é destinada a regular os casos de *porn revenge* (pornografia de vingança). Quanto a segunda exceção o legislador optou pela regra do *notice and takedown*, de modo que o provedor quando notificado da existência de “cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado” será ser responsabilizado sempre que “deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo”.

Já sobre a primeira exceção, quanto a infrações de direitos autorais, o legislador optou por não regulamentar a matéria no âmbito do MCI. Isso porque, de forma expressa, excluiu a aplicação do art. 19 para casos de infrações a direitos autorais, definindo a necessidade de “previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal”. O reflexo de tal omissão legislativa permite no Brasil a regra no *notice and takedown*, vista em websites a exemplo do YouTube²¹. Apesar dessa opção do legislador, é de se ressaltar que a parte final do §2º expressa a relação entre os direitos autorais, a liberdade de expressão e demais direitos fundamentais previstos na Constituição, dentre os quais pode-se destacar o direito de acesso (ao conhecimento, à informação e à cultura), expressando que o exercício do exclusivo deve evitar a ocorrência de abusos por parte de seus titulares²².

²¹ “**Enviar um aviso de remoção de direitos autorais.**

Se acredita que sua obra protegida por direitos autorais foi postada no YouTube sem autorização, você pode enviar uma notificação de violação de direitos autorais. Lembre-se de considerar se uso aceitável, oferta aceitável ou alguma outra exceção a direitos autorais semelhante se aplica antes de enviar sua solicitação. Somente o proprietário dos direitos autorais ou um agente por ele autorizado podem enviar essas solicitações.

A maneira mais rápida e fácil de notificar o YouTube sobre uma violação alegada de direitos autorais é por meio do formulário da Web. É mais fácil utilizar um computador ou laptop em vez de um dispositivo móvel ou tablet.

Se você optar por solicitar a remoção do conteúdo por meio de uma notificação de violação, estará iniciando um processo legal.

[...].

Aceitaremos também notificações de violação de direitos autorais em forma livre, enviadas por e-mail, fax e correio.” (Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2807622?hl=pt-BR>. Acesso em 28 de set. de 2017).

²² “A parte final do mencionado dispositivo é bastante reveladora, já que uma das diretrizes do processo de reforma da Lei de Direitos Autorais é construir um espaço de tutela desses direitos em constante ponderação com demais direitos fundamentais, como o acesso ao conhecimento e a liberdade de expressão, evitando abusos no exercício desse direito. Assim, o Marco Civil adianta uma das diretrizes da refirma da Lei de Direitos Autorais, já traçando uma condicionante interpretativa e de aplicação para qualquer que seja a solução adotada na lei específica” (SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos

Feita essa breve explanação sobre o MCI da internet, seja a previsão da liberdade de expressão enquanto elemento nuclear, seja a opção do legislador por não regular a responsabilidade por infrações a direitos autorais, é fato que ambos os temas se relacionam especialmente no âmbito da internet.

Análise de caso

Nesse ponto, é possível analisar o teor de um julgado²³ que, em 06/10/2016, apreciou em sede de tutela de urgência, o pedido de um professor para que fosse retirado do *facebook* conteúdo publicado por uma aluna decorrente de debate ocorrido em sala de aula, na presença de aproximadamente 57 alunos de turma de Curso de Direito. Referido conteúdo foi gravado pela própria aluna em sala de aula, sem autorização do professor, e registrou o debate acalorado travado entre ambos.

O pedido principal pretendido pelo professor é a reparação por danos morais decorrentes da proporção que o caso ganhou na internet, pois a aluna teria publicado em redes sociais o ríspido debate, distorcendo os fatos, o que na percepção do docente justificaria o pedido de reparação de danos morais. Ressaltou o autor, inclusive, que a publicação da acadêmica em sua página do *facebook* fomentou comentários pejorativos de terceiros à sua pessoa²⁴.

Nesse ponto, é de se destacar que a decisão judicial em sede de antecipação de tutela focou no debate entre a liberdade de expressão (da aluna) e a privacidade (do professor), silenciando eventual aplicação da Lei de Direitos Autorais. Até porque o fundamento da inicial quanto ao pedido de retirada do conteúdo da rede social pautou-se na existência de prejuízos morais, e que a permanência do conteúdo postado pela aluna tenderia a perpetuar e a agravar os danos à pessoa do autor-professor.

A respeito da liminar pretendida pelo professor, o magistrado de primeiro grau indeferiu o pedido de antecipação de tutela por não vislumbrar no evento risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, nem “a presença de elementos seguros, que levem o Judiciário, a restringir o livre direito de manifestação da ré”.

provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei n. 12.695/2014. In: LEITE, George Salomão, e LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 813.).

²³ Autos n. 1035468-86.2016.8.26.0506 – originário da 1ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto.

²⁴ A exemplo: “radical”, “ditador”, “doutrinador esquerdopata”.

Ademias, apesar do fundamento e o direcionamento dado pela decisão interlocutória, que por razões óbvias se ateu a balizar os limites da liberdade de expressão *versus* inviolabilidade da privacidade, intimidade e da vida privada, percebe-se para fins acadêmicos a possibilidade de relacionar o caso à temática dos direitos autorais.

É fato que o evento narrado e conteúdo postado na rede social pela aluna extrapolou o âmbito dos direitos autorais e à mera ideia de “apanhado de lições em estabelecimentos de ensino”, tal como previsto no inciso IV, art. 46, da LDA. Por outro lado, tal como será exposto a seguir, os fundamentos da decisão judicial permitem serem confrontados com o regime jurídico dos direitos autorais.

É o trecho da mencionada decisão interlocutória:

“Pois bem, havemos de convir que, *in casu*, os fatos se deram **dentro de um estabelecimento de ensino privado**, no momento em que o professor/autor ministrava uma aula devidamente remunerada pelos alunos, sendo razoável presumir que estes **alunos que pagavam pela exposição**, detinham o **direito de armazená-la** em mídia, um feito que tal ato não lhes era defeso contratualmente.

Merece ainda destaque o **fato** de que, é de todos sabido, que as **universidades não costumam restringir o acesso de pessoas** ou mesmo alunos de outras classes ou curso nas aulas em geral, as quais muitas vezes possuem ouvintes não matriculados, que frequentam as aulas sem direito a certificação.

Ora, se a entrada e o acesso aquele conteúdo é quase irrestrito, e, ainda, se o diálogo reproduzido na inicial fora travado perante uma classe com aproximadamente 57 alunos, **por que seria vedado o armazenamento em mídia do que ali ocorria, se todos os circunstantes podiam ouvir o que estava sendo dito?**

Também havemos de convir que **se é permitido aos alunos fazerem anotações das aulas sem autorização prévia de quem as ministrou, qual a razão para que se proíba sua gravação em mídia?**

Diante destas circunstâncias, e, levando-se em linha de conta que a autora se limitou em reproduzir de maneira fidedigna - ao menos não há nos autos prova cabal em sentido contrário - o que fora o objeto de seu ríspido diálogo com o autor, **entendo** eu que, a princípio, **inexistem elementos e fundamentos seguros a embasar o pedido de suspensão ou supressão das páginas disponibilizadas pela ré nas redes sociais**, pois não evidenciado o risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação e nem tampouco vislumbro a presença de elementos seguros, que levem o Judiciário, a restringir o livre direito de manifestação da ré.

Face o exposto, por não vislumbrar a priori, os requisitos legais previstos nos arts. 300 e 301 do CPC, **indefiro a antecipação de tutela que busca a retirada do texto publicado pela autora perante o Facebook.**”

Para analisar a decisão de indeferiu o pedido liminar sob a ótica dos direitos autorais, destaca-se os seus principais argumentos:

- a) que os fatos ocorreram dentro de um estabelecimento de ensino privado.

- b) que a aula dada pelo professor era remunerada pelos alunos, “que pagavam pela exposição”, permitindo presumir o direito dos alunos de “armazená-la em mídia”.
- c) que o direito de armazenar a gravação decorre da inexistência de restrição contratual nesse sentido.
- d) que as “universidades não costumam restringir o acesso de pessoas”.
- e) que se o acesso ao conteúdo é quase irrestrito, tendo sido gravado perante uma classe de aprox. 57 alunos, “**por que seria vedado o armazenamento em mídia do que ali ocorria, se todos os circunstantes podiam ouvir o que estava sendo dito?**”
- f) que se é permitido aos alunos fazer anotações das aulas sem autorização prévia de quem as ministrou “**qual a razão para que se proíba sua gravação em mídia?**”

Portanto, registrados os argumentos da decisão judicial, percebe-se a relação com a temática dos direitos autorais. O direito de fazer anotações, o direito de gravação, o direito de publicação, os direitos da personalidade, a liberdade de expressão, quando presentes num mesmo fato jurídico muitas vezes apresentam uma realidade zona obscura sobre o que é ou não permitido no âmbito dos direitos fundamentais, autorais e de personalidade.

Logo de início é preciso destacar que o direito abrangido pelo exclusivo do autor com pertinência ao evento narrado refere-se ao inciso IV, art. 46, da LDA²⁵, precisamente ao direito sobre o uso privado do “apanhado de lições” e ao direito de publicação desse mesmo conteúdo. Essa realidade destaca o *caráter privado* do evento, bem como a pertinência com a norma do inciso IV, art. 46. Nesse ponto o inciso IV não abrange todo conteúdo gerado no estabelecimento de ensino, nem mesmo as manifestações públicas que tiveram origem em temas abordados no processo de ensino aprendizagem. Portanto, é a publicação pura e simples do “apanhado de lições” que encontra óbice no exclusivo do autor, permitido apenas para uso privado por parte de seu destinatário.

É possível extrair da decisão judicial o entendimento de ser o processo de ensino-aprendizagem um contrato de prestação de serviço, no qual de um lado está o cliente, que

²⁵ Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

paga, e de outro o prestador, que recebe, de modo que o prestador tem a obrigação de entregar conteúdos e o cliente o direito de armazená-los.

Contudo, a natureza contratual para entrega de um “pacote de serviços” se existe é entre a instituição de ensino superior (IES) e o aluno, jamais entre aluno e professor. A relação em sala de aula entre educador e educando não pode ser confundida com uma relação entre cliente e prestador, pelo simples fato de que a educação vai além do determinismo e de resultado econômico. É nesse ponto que se percebe um grave equívoco equiparar o processo de ensino-aprendizagem com uma prestação de serviço.

Não é preciso ir longe para compreender que o processo educacional não pode ser confundido com o comércio. O próprio texto constitucional destaca que a educação visa o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205), e que o ensino será ministrado com base no princípio da liberdade aprender e ensinar, no pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206)²⁶. Tais diretrizes são reafirmadas nos artigos 2º e 3º da Lei 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

Ademais, o mencionado direito dos alunos informado na decisão judicial quanto ao armazenamento do conteúdo decorrente da exposição, se relaciona com a Lei dos Direitos Autorais para além da norma do inciso IV, art. 46. Se considerada a literalidade da limitação prevista no inc. IV, não há que se falar em direito de armazenamento da aula por parte dos alunos, visto que é **“vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou”**.

A gravação de áudio e/ou vídeo em si importa uma complexidade que extrapola o âmbito dos direitos autorais, compreendendo, inclusive, o âmbito dos direitos da personalidade, no chamado direito de imagem, insculpido como um direito fundamental no art. 5º, inciso X, da Constituição, e tutelado no Código Civil, artigos 11 e seguintes.

A partir disso, algumas reflexões se fazem oportunas nesse momento: seria correto afirmar que o docente é considerado pessoa pública, e que o local, sala de aula, é um lugar público? Que, por esse motivo, estariam os alunos autorizados a gravarem as aulas e, inclusive, promoverem a divulgação dos conteúdos produzidos, sem prévia autorização para tanto?

²⁶ Ingo Wolfgang Sarlet apresente a “liberdade de ensino e pesquisa” como espécie da liberdade de expressão. V. SARLET, Ingo W., MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2014. p. 456.

O ambiente de sala de aula, diferente do que leva a crer a decisão judicial, não é um ambiente público, e nem mesmo a quantidade de alunos ou a presunção da ausência de controle do acesso ao ambiente escolar pode presumir o caráter público do espaço da aula. A presunção deve compreender o ambiente da sala de aula como um local privado. Isso porque se trata, pois, de um ambiente destinado ao acesso de uma coletividade específica, com regras e condições estabelecidas por lei e por normas internas.

Já a posição do professor também não pode ser confundida com a de um artista ou a de um homem público. A avaliação e a percepção de seu ofício encontram limites no âmbito da instituição de ensino e tem como destinatários exclusivamente os educandos devidamente matriculados. Não sendo equiparado a artista ou a homem público, professor é pessoa natural não pública no sentido privado da percepção do ofício que exerce, sendo um equívoco considerar a profissão de professor como a de um homem público capaz de limitando assim, p. ex., os direitos da personalidade. Razão pela qual o exercício da docência não pode ser tratado como uma excludente da preservação da imagem e privacidade, excluindo assim a necessidade do devido e prévio consentimento.

Portanto, ao considerar o ambiente escolar como um espaço privado, a regra é a autorização prévia e expressa do titular, e nem mesmo a IES pode autorizar a gravação das aulas pelos educandos sem o consentimento do professor. Também no âmbito dos direitos autorais é imprescindível autorização prévia e expressa do autor para utilização de sua obra (ex. art. 7º, 22, 28, 29), o que vale também para a legislação civilista (art. 21, CC)²⁷.

Eventual gravação feita por aluno, ainda que destinada exclusivamente ao uso privado, diverge da natureza da limitação prevista na LDA. A autorização do inciso IV refere-se ao conteúdo do “apanhado de lições” com o intuito de viabilizar o melhor resultado do aprendizado. Nesse ponto a efetividade do aprendizado não se relaciona com

²⁷ A pessoa é conhecida e reconhecida mediante a imagem do próprio aspecto exterior ou imagem física.

O direito a imagem assegura ao retratado o direito de impedir reprodução ou veiculação de sua imagem, dentro de certos limites. Possui, portanto, duplo conteúdo, um positivo e outro negativo. O primeiro configurado pela faculdade exclusiva de o interessado difundir ou publicar sua própria imagem e o segundo, entendido como direito de impedir a obtenção ou reprodução e publicação por um terceiro.

O retrato e, principalmente, a fotografia são os mais importantes receptáculos materiais da imagem e, por essa razão, a lei autoral dedica um capítulo próprio para dispor sua a utilização dessas obras intelectuais, tudo com intuito de proteger o autor da obra resultante da reprodução da imagem. (RODRIGUES, Cláudia. *Direito autoral e direito de imagem*. São Paulo: RT, 2004. p. 59-68).

o direito de gravação da aula, diferente disso, a gravação envolve elementos que extrapolam os direitos autorais, a exemplo dos ditos direitos de personalidade²⁸.

Poderia ser ventilado nesse caso que o rol do art. 46 por ser exemplificativo importaria na sujeição do exclusivo do autor ao direito de gravação e divulgação das aulas. Todavia esse entendimento conflita com a natureza do direito de gravação, armazenamento e publicação de conteúdos gerados em sala de aula que, apesar de certa conotação econômica, acima de tudo ressaltam a natureza educacional e o direito de personalidade dos agentes envolvidos. Portanto, o pagamento da mensalidade, em si, não justifica e não cria tal direito aos destinatários da aula. E não apenas isso, a exploração da imagem e obra alheia sem autorização prévia e fora das condições estabelecidas entre as partes, torna cristalino o dever de reparar.

A natureza contratual implica, tanto para os direitos autorais como para os direitos de personalidades a necessidade de consentimento do agente, cabe ao titular autorizar ou não a captação e a reprodução de sua obra e imagem de acordo com seu interesse. Logo, a autorização por seu titular é requisito para o exercício desse direito, compreensão que se apresenta diversa daquela exposta na decisão judicial, que pela inexistência de restrição contratual presumiu o direito de armazenamento.

Disponibilização na internet de conteúdo gerado em estabelecimento de ensino e liberdade de expressão

A exemplo do exposto até agora, o armazenamento e a publicação de conteúdo produzido em sala de aula depende de prévia e expressa autorização do titular dos direitos autorais e de personalidade, sendo que o inc. IV, do art. 46, LDA veda a publicação dos apanhados das lições recebidas “sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou”.

Quanto à faculdade do autor em relação à disponibilização em rede da obra audiovisual, é a lição de José de Oliveira Ascensão:

A possibilidade de comunicação da obra audiovisual através da Internet tem logo uma implicação fundamental, no ponto de vista jurídico: *a obra audiovisual vai ficar submetida ao regime geral das obras colocadas em rede informática.*

²⁸ Um caso que bem explicita o instituto é o da relação médico-paciente, na qual o paciente não pode gravar uma consulta, como também o médico não pode filmar a cirurgia sem o consentimento prévio e expreso do paciente, sendo regra a preservação da identidade do paciente.

E assim, para uma obra audiovisual ser disponibilizada em rede terá de haver o exercício pelo titular de direitos de uma faculdade contida no direito de autor²⁹.

É possível perceber, portanto, a faculdade do autor sobre o direito de armazenamento e publicação. Mas uma indagação surge: essa faculdade implica em restrição da liberdade de expressão como um direito fundamental de primeira dimensão (art. 5º, IV e IX)? Essa faculdade do autor que limita a publicação por parte dos educandos apresenta inconstitucionalidade material frente à liberdade de expressão?

É de se ressaltar que o direito de armazenamento e publicação por parte do titular também encontra previsão no âmbito dos direitos fundamentais (art. 5º, X e XXVII).

Logo, se está diante de dois princípios fundamentais, e eventual colisão entre princípios se resolve com o sopesamento dos interesses colidentes, momento em que um princípio terá que ceder ao outro, sem que o princípio cedente seja declarado inválido. Assim, “o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – *que abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto*”³⁰. Essa solução para o sopesamento é vista na “lei de colisão”³¹ de Robert Alexy.

Porém, no caso concreto, a ponderação desses direitos não se faz necessária, pois não há que se falar em presença de colisão de interesses.

Assim, o que se verifica, *in casu*, é a afirmação de ambos os princípios e não na prevalência de um sobre o outro. Isto é, a restrição do armazenamento e publicação de conteúdo na internet é inerente à pessoa do titular, e assim deve ser entendido.

Por outro lado, tal afirmação não implica em restrição da liberdade de expressão (art. 2º e 3º, MCI), pois o seu exercício se dá através da expressão do próprio indivíduo que é livre, livre para se manifestar mesmo que a partir de comentários e debates proveniente do estabelecimento de ensino.

²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito da internet e da sociedade informação. Rio de Janeiro: Forense 2002. p. 242.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95.

³¹ “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-94).

E como não poderia ser diferente, é preciso afirmar que o caráter dessa liberdade não é absoluto, encontrando limites em outros direitos e bens jurídicos também fundamentais³².

A restrição que se verifica no caso concreto é relativa à impossibilidade do educando divulgar a gravação do conteúdo gerado, o que não impede que o mesmo expresse opinião sobre toda e qualquer temática abordada no estabelecimento de ensino, sem que para isso seja necessário armazenamento e divulgação literal do conteúdo, logo, um direito fundamental não afasta o outro, e assim não há que se falar em eventual inconstitucionalidade da parte final do inciso IV, art. 46, da LDA.

Conclusão

É certo que o armazenamento e a divulgação de conteúdos gerados em estabelecimentos de ensino estão compreendidos na esfera de interesse e de direitos fundamentais do respectivo titular (liberdade de expressão do ensino, direito de autor e intimidade), o que permite e implica na necessidade de autorização expressa para o exercício por terceiros.

A ideia de limitação do exclusivo de autor, tal como previsto no inciso IV, do art. 46, LDA, tendo em vista a natureza do bem protegido – a extensão e efetividade do processo de ensino-aprendizagem – não prevalece sobre direitos de personalidade e do direito do autor. Até porque o direito sobre “o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino” pelos educandos encontra vedação na própria LDA, que restringe a “publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou”, dispositivo esse que, tal como demonstrado, não encontra incompatibilidade com a Constituição, precisamente sobre o direito fundamental de liberdade de expressão.

Portanto, a garantia do destinatário da lição recebida em aula e a respectiva liberdade de expressão desse mesmo destinatário não se relaciona com o direito de armazenamento e divulgação do conteúdo na internet. Armazenar apanhados de lições

³² “...a responsabilidade pela liberdade de expressão (ainda mais no âmbito da liberdade de comunicação e de informação jornalística) há de ser uma responsabilidade subjetiva, focada na análise sobre a existência de dolo ou culpa na ação do agente causador do dano, o que, por sua vez, implica a consideração de diversos fatores, tais como a posição da vítima (por exemplo, se é ou não uma personalidade pública, hipótese em que só ensejará responsabilidade a culpa grave), a intenção e a diligência empregadas por quem apurou os fatos, quando o caso envolver a divulgação de notícias inverídicas, a existência de algum interesse social na questão, quando a hipótese resvalar no direito de privacidade, bem como a intensidade da lesão aos direitos fundamentais do ofendido” (SARLET, Ingo W., MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2014. p. 467).

garante o direito do educando sobre a efetividade do processo de aprendizado, e o pleno exercício desse direito que não encontra relação de dependência com o direito de armazenar-gravar aulas. E em relação ao direito de liberdade de expressão do educando, este direito fundamental também não encontra relação de dependência com o direito de publicação de conteúdos gerados em estabelecimento de ensino.

Referências:

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A proposta do MinC de reforma da LDA: as limitações aos direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos (org.) *Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos (orgs). *Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade informação*. Rio de Janeiro: Forense 2002.
- BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2ª Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro, 2003, fls. 8. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros_digitais.html>. Acesso em: 28 set. 2017.
- CARBONI, Guilherme Capinzaiki. *Direito autoral e acesso ao conhecimento: em busca de um equilíbrio*. In: Revista Juris, Faculdade de Direito, Fundação Armando Alvares Penteado. Vol 1. São Paulo: FAAP, fls. 21-46, p. 26. 2009. Disponível em: <http://www.fAAP.br/revista_faap/juris/juris_vol_1_2009.pdf>. Acesso em 09 de set. 2017.
- RODRIGUES, Cláudia. *Direito autoral e direito de imagem*. São Paulo: RT, 2004.
- SARLET, Ingo W., MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2014.
- SILVEIRA, Newton; BARBOSA, Denis Borges; e GRAU-KUNTZ, Karin. Nota ao Anteprojeto de Lei para Reforma da Lei Autoral submetido à Consulta Pública pelo Ministério da Cultura. In: WACHOWICZ, Marcos (org.) *Por que mudar a Lei de Direito Autoral? Estudos e Pareceres*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.
- SOUZA, Allan Rocha. *Direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2012. p. 133-134
- BARBOSA, Denis Borges. *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei n. 12.695/2014. In: LEITE, George Salomão, e LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.
- VIANA, Ulisses Schwarz. Liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento como princípios fundamentais do Marco Civil. In: LEITE, George Salomão, e LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 143.
- WACHOWICZ, Marcos. Direitos Autorais e Diversidade Cultural: Acesso à Cultura e ao conhecimento no âmbito ibero-americano. IN WACHOWICZ, Marcos; MORENO, Guillermo Palao. (organizadores) *Propriedade Intelectual: Inovação e conhecimento*. Curitiba: 2010.

