

Brasília (DF), 23 de outubro de 2020.

Ilustríssima Professora **EBLIN FARAGE**,

Secretária-Geral do **SINDICATO NACIONAL DOS DOCENTES DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR – ANDES – SINDICATO NACIONAL**

REF: Ensino remoto e o direito autoral e o direito de imagem dos(as) docentes – Delineamentos iniciais.

Prezada Prof^a. Eblin,

Vimos, por intermédio da presente Nota Técnica, em atenção à solicitação feita a esta Assessoria Jurídica Nacional (AJN), apresentar análise sobre os direitos autorais e direito de imagem dos(as) docentes, considerando o ensino remoto e as aulas não presenciais, que pulverizaram em virtude da pandemia de coronavírus.

A própria natureza do ambiente digital, que se modifica diariamente, por meio da criação de novas tecnologias digitais, exige que o direito se torne ainda mais dinâmico, a fim de responder as novas demandas sociais proporcionadas pela difusão da *internet*. Como se trata de uma área juridicamente nova, não há muitas normas específicas que tratem do direito digital. Isso não significa, no entanto, que os indivíduos estejam desamparados frente a violações de direitos na *internet*, muito pelo contrário: é possível a aplicação supletiva de outras normas que não foram criadas com as relações sociais em mente.

Com o ensino remoto, a reprodução e distribuição de material educacional, como livros, artigos científicos, por exemplo, por meio da Internet se tornou prática ainda mais recorrente no ambiente acadêmico. Nesse contexto, é importante revisitar o que dispõe a legislação nacional referente a direitos autorais, para que se evite o uso indevido de material protegido, o que pode resultar em violação de direitos alheios.

Importante mencionar que nem toda obra intelectual está efetivamente protegida por direitos autorais, especialmente aquelas dispostas no art. 8º da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/1998):

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;

III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;

VI - os nomes e títulos isolados;

VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

Além disso, há obras que pertencem ao domínio público, situação na qual todos os direitos patrimoniais sobre essas obras se extinguem. Assim, toda e qualquer pessoa pode fazer uso livre das obras em domínio público, inclusive comercialmente. Segundo o artigo 41, da Lei de Direitos Autorais, "*os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil*", já para obras audiovisuais e fotográficas, o prazo de proteção aos direitos patrimoniais é de "*setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação*", de acordo com o artigo 44 da mesma lei.

Há também os chamados Recursos Educacionais Abertos (REA), definidos como "*materiais de suporte à educação que podem ser acessados, reutilizados, modificados e compartilhados livremente*"¹. O alcance desses recursos está sujeito ao tipo de licença pública a qual está submetido.

As demais obras intelectuais, que não se encaixam nas categorias citadas, por via de regra, estão protegidas por direitos autorais ou propriedade intelectual, sendo que o seu uso depende de autorização prévia e expressa do autor, nos termos do artigo 29, da Lei nº 9.610/1998.

Todavia, a própria Lei de Direitos Autorais estabelece, em seus artigos 46, 47 e 48, as chamadas Limitações aos Direitos Autorais. É que, apesar de o Estado reconhecer e proteger a propriedade intelectual dos indivíduos sobre suas obras, certo é que essa proteção deve ser compatibilizada com as demais normas e princípios constitucionais que regem a atuação estatal e que também se aplicam às relações privadas, como o direito à educação e o direito à inclusão das pessoas com deficiência, por exemplo, cumprindo, assim, à função social da propriedade (art.5º, inciso XXIII, da Constituição). Isto posto, a referida Lei nº 9.610/1998 estabelece que

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

¹ DIRETRIZES para Recursos Educacionais Abertos (REA) no Ensino Superior. UNESCO, 2015. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000232852>>.

- a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;
- b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;
- c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;
- d) **de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;**
- II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;
- III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, **para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;**
- 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;
- V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;
- VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins **exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;**
- VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;
- VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

É por este motivo que o Superior Tribunal de Justiça, em decisão unânime, proferida no Recurso Especial 964.404/ES, estabeleceu que o rol de limitações e exceções prescritas nos artigos supracitados possui caráter exemplificativo, e, portanto, devem ser interpretadas extensivamente. Ou seja, essas limitações não exaurem todas as situações nas quais o uso é permitido, mas sim estabelecem parâmetros para casos semelhantes nos quais o uso é igualmente permitido, sem necessidade de autorização expressa do autor da obra. Assim, segundo o voto do Ministro Relator Paulo de Tarso:

“o âmbito de proteção efetiva do direito à propriedade autoral ressaí após a consideração das limitações contidas nos arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de

acordo com os direitos e garantias fundamentais, e da consideração dos próprios direitos e garantias fundamentais.

Valores como a cultura, a ciência, a intimidade, a privacidade, a família, o desenvolvimento nacional, a liberdade de imprensa, de religião e de culto devem ser considerados quando da conformação do direito à propriedade autoral.”

Diante disso, é possível concluir que a divulgação ou reprodução de material protegido por direitos autorais ou propriedade intelectual, mesmo sem autorização prévia e expressa do autor, durante as aulas expositivas *on-line* e sem intuito de lucro, estão abrangidas pelas limitações e exceções aos direitos autorais, mesmo que não esteja expressamente disposto na Lei nº 9.610/1998.

Percebe-se que o seu uso, nessas circunstâncias, não pode gerar responsabilização do(a) docente, desde que o material referenciado sempre seja devidamente creditado, caso contrário, haveria restrição aos meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação no âmbito universitário e acadêmico, o que inviabilizaria a missão institucional das universidades brasileiras e a própria atividade fim do magistério – lecionar.

Não obstante, o *fair use*, ou uso legítimo, de material protegido deve observar os critérios estabelecidos pela Convenção de Berna para a proteção de obras literárias, artísticas e científicas (1886) e o Acordo OMC/TRIPS (Acordo sobre Aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), ambos integrantes do ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de lei ordinária.

Esses critérios são denominados de *three step test*, ou regra do teste dos três passos, segundo Maristela Basso², e determinam o que pode ser considerado ou não como *fair use*:

Se for possível, desde já, admitir uma premissa fundamental de raciocínio, o *fair use* reflete um conjunto apropriado de critérios para determinar o equilíbrio entre os direitos dos titulares e as necessidades e interesses do usuário. **O *fair use* é uma limitação aos direitos do Autor, isto é, um teste para determinar se o uso do material protegido por tais direitos, enquanto não-autorizado pelo titular, constitui ou não ato de violação.**

O *unfair use* ou uso não justificado, portanto, é aquele que fere os direitos protegidos pelo direito de Autor. **Implica todo uso que não preenche os estágios do *three step test*, isto é: (i) não se caracteriza como uso especial/excepcional; (ii) interfere na exploração comercial normal da obra e (iii) causa prejuízo injustificado aos interesses legítimos do titular do direito.** (BASSO, 2007, p. 502).

Então, ao disponibilizar material na *internet* aos discentes, tais como artigos, livros ou outros recursos de terceiros, para consulta, ou como bibliografia complementar às aulas, o(a) docente

² BASSO, Maristela. **As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (*three-step-test*)**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 102, jan/dez 2007. P. 493-503.

deve estar atento(a) para que não inviabilize, de maneira desarrazoada, a exploração comercial normal da obra. Por isso, recomenda-se que sejam disponibilizados apenas os trechos ou capítulos de um livro, na medida do necessário, evitando, caso não seja estritamente necessário, o compartilhamento da íntegra do material protegido.

Outra questão importante diz respeito ao direito autoral gerado pela realização de atividades pedagógicas por meio de tecnologias digitais. Considerando o teor do artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal³, bem como da artigo 20, do Código Civil⁴, conclui-se que o material produzido, principalmente as aulas expositivas por meio de videoconferência, compõem o patrimônio intelectual do(a) docente, de forma que só podem ser reproduzidos ou divulgadas mediante sua autorização.

Esse entendimento está em consonância com a Lei de Direito Autoral, que determina que os direitos sobre as obras por si criadas pertencem exclusivamente ao autor, sendo, ainda, que a transferência de direitos autorais do autor pelas obras por si criadas só podem ser realizadas por meio de contrato específico (art. 49, II, da Lei nº 9.610/1998), que devem ser interpretados restritivamente (art. 4º, da mesma lei).

Destarte o uso do material produzido pelo(a) docente será considerado ilegal quando reproduzido por terceiros, sem a expressa autorização do(a) autor(a), e/ou em contextos diferentes daqueles em que foi reproduzido inicialmente. Tome como exemplo caso fictício de professor(a) que se depara com a gravação de uma aula realizada por videoconferência hospedado em site de *streaming* de vídeos, cujo *upload* fora realizado por usuário não-identificado, sem a sua autorização expressa.

Nesse caso há patente ilegalidade, em razão da violação ao direito autoral do autor sobre a gravação, bem como ao seu direito de imagem. Assim, o(a) docente poderia entrar em juízo, requerendo, inclusive em sede liminar, a remoção do conteúdo ilegal pelo provedor de conexão à internet, no caso, o site de *streaming* de vídeos. Se, após ordem judicial, o provedor não retirar o conteúdo do ar, ele poderá ser responsabilizado civilmente, de acordo com o artigo 19, do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

³ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

⁴ **Art. 20.** Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

O provedor deverá ainda, caso solicitado, informar o contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo, para que este seja pessoalmente responsabilizado pelo uso indevido da imagem (artigo 20 da mesma lei).

Importante mencionar que o(a) docente deve deixar claro em seu material que o uso daquilo que ele(a) produziu e que é de sua autoria exclusiva pode até ser utilizado por outras pessoas, se assim ele(a) entender que pode e deve agir, observado, por óbvio, a necessidade de que ocorra o referenciamento autoral daquele material (pode mencionar no plano de ensino, por exemplo, ou em cada aula/material produzido, a vedação e o uso com finalidade comercial, mas que autorizar o *download* ou o uso exclusivo para fins acadêmicos). Já no caso de o(a) professor(a) utilizar o material de autoria de outra pessoa, fundamental que também faça as referências em seu próprio material e nas aulas que ministrar, observadas as demais ponderações que fizemos acima.

No que se refere ao direito de imagem propriamente dito, é preciso acrescentar alguns pontos. Diferentemente do Direito Autoral, os Direitos de Imagem têm relação direta com o direito da personalidade, inerente a cada ser humano, e recai sobre o domínio da sua própria imagem. Possuem previsão na Constituição Federal (art. 5º, inciso X) e no Código Civil (artigo 20) e se constituem além da imagem física do indivíduo, contemplando também a expressão de sua personalidade individual no contexto social. O uso não autorizado da imagem (em sentido amplo) do indivíduo pode ser questionado judicialmente, ainda que se trate da imagem fornecida pela própria pessoa ou mesmo que o uso dessa imagem não tenha gerado prejuízo ao indivíduo. Isso significa que o uso não autorizado da imagem do(a) docente, seja pela instituição de ensino, seja pelos(as) demais docentes, colegas ou outros(as) agentes da sociedade, pode ser motivo de questionamento judicial, inclusive com a imposição do dever de indenizar e de impedir a continuidade do uso.

O uso da imagem de qualquer pessoa exige a sua prévia autorização, seja para fins comerciais ou não. O mal uso da imagem alheia, ainda que o mero uso tenha sido autorizado, também pode gerar algum tipo de reparação civil (ou até mesmo criminal, a depender da esfera). Então, se a imagem do(a) professor(a) em sala de aula for utilizada para perseguição política ou linchamento público, é possível que o(a) mesmo(a) judicialize a questão, com o objetivo de se ver reparado em sua esfera moral ou material, caso isso lhe cause alguma espécie de prejuízo.

Por óbvio, assim como vários direitos inerentes à pessoa, o direito de imagem pode ser relativizado quando contraposto a outros direitos constitucionalmente tutelados, em especial quanto ao direito de acesso à informação, por exemplo. Mas se a utilização da imagem do(a) docente for feita

para fins comerciais ou difamatórios entende-se que há uma prevalência do seu direito individual sobre outro que por ventura seja alegado (direito à livre expressão, por exemplo, tão mencionado por correntes extremistas e apoiadores do Presidente da República).

Assim, a utilização da imagem do(a) docente incurso(a) em atividades remotas ou não-presenciais deve ser sempre pautada pelo respeito ao seu direito de personalidade, sendo vedada a gravação de sua aula sem a prévia autorização, a utilização do material produzido pelos(as) docentes sem a prévia autorização e o uso de imagem, enquanto docente, sem a prévia autorização do(a) mesmo(a).

O assunto, porém, possui contornos no plano fático que podem extrapolar as incidências aqui previstas. Dessa maneira, a AJN recomenda que eventuais questionamentos que não estejam contemplados nessa Nota Técnica, mas que foram objeto de reflexão nas seções sindicais ou entre a categoria docente, sejam encaminhados para o correio eletrônico da Secretaria do ANDES – Sindicato Nacional (secretaria@andes.org.br) para que possamos complementar a análise ancorada em casos específicos vivenciados na prática.

Sendo o que tínhamos para o momento, colocamo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos que se façam necessários.

Atenciosamente,

Leandro Madureira Silva

OAB/DF nº 24.298

Assessoria Jurídica Nacional

Carlos Eugênio N. de Sousa

RG 3340248 SSP/DF