

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO:

TECNOLOGIA E
MARCO CIVIL DA INTERNET



ORGANIZADOR
RAFAEL PETEFFI DA SILVA



FUNJAB
Fundação José Arthur de Barros

MINISTÉRIO DA
CIÊNCIA, TECNOLOGIA,
INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES



DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO:

TECNOLOGIA E
MARCO CIVIL DA INTERNET



ORGANIZADOR
RAFAEL PETEFFI DA SILVA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO:

TECNOLOGIA E
MARCO CIVIL DA INTERNET



ORGANIZADOR
RAFAEL PETEFFI DA SILVA

FLORIANÓPOLIS – 2017



MINISTÉRIO DA
CIÊNCIA, TECNOLOGIA,
INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES



© 2017 Dos autores

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Reitor

Luiz Carlos Cancellier de Olivo

Vice-Reitora

Alacoque Lorenzini Erdmann

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Diretor

Ubaldo Cesar Balthazar

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Coordenador

Arno Dal Ri Júnior

Subcoordenador

Everton das Neves Gonçalves

Organização

Rafael Peteffi da Silva

Apoio

Centro de Ciências Jurídicas da

Universidade Federal de Santa Catarina

Projeto "Mais Ciência – Plataforma Digital, Eventos

Jurídicos e Inovação", da Fundação Boiteux (FUNJAB)

Comissão Organizadora dos Eventos

Aline Larroyed

Aluizia Aparecida Cadorei

Ana Paula Gomes Pinto

Araken Alves de Lima

Arno Dal Ri Junior

Camila Matos

Carlos Alberto Diniz dos Santos Filho

Cláudio José Amante

Cristiane Derani

Cristiani Fontanela

Daniela Lippstein

Fernando Alvaro Ostuni Gauthier

Gertrudes Aparecida Dandolini

Jennyffer Mesquita

João Artur de Souza

Jose Isaac Pilati

Juliano Scherner Rossi

Luiz Otávio Pimentel

Marcelo Chimento

Maria Isabel de Toledo Andrade Cunha

Marina Machado Silva

Rita Pinheiro Machado

Suelen Carls

Ubaldo Cesar Balthazar

Coordenação Editorial

Denise Aparecida Bunn

Revisão de Português e Normalização ABNT

Claudia Leal Estevão

Márcia Regina Pereira Sagaz

Patricia Regina Costa

Capa, Projeto Gráfico e Editoração

Cláudio José Girardi

Ficha Catalográfica

D598 Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] :
tecnologia e marco civil da internet / organizador Rafael
Peteffi da Silva. – Florianópolis : FUNJAB, 2017.

Inclui referências

ISBN: 978-85-7840-228-0

Artigos apresentados no Seminário Direito Civil
Contemporâneo : Tecnologia e Marco Civil da Internet,
realizado em junho de 2016 em Florianópolis, SC.

Modo de acesso: funjab.ufsc.br

1. Direito Civil. 2. Internet – Legislação – Brasil.
3. Direitos autorais. 4. Ensino jurídico. 5. Ensino a distância.
6. Inovações tecnológicas. I. Silva, Rafael Peteffi da.

CDU: 347

Catalogação na publicação por: Onélia Silva Guimarães CRB-14/071

Autorizamos a reprodução de partes desta obra, desde que citada a fonte.

Respeite os direitos autorais – Lei n. 9.610/98.



Sumário

A Responsabilidade dos Provedores de Aplicação por Conteúdo Gerado por Terceiros e o Marco Civil da Internet11

João Vitor Gomes Martins

Thatiane Cristina Fontão Pires

A Legalidade do Sistema Peer-to-peer em Face do Princípio do Direito de Autor do Uso Privado 19

Lukas Ruthes Gonçalves

Ensino Jurídico a Distância e o Papel da Ordem dos Advogados do Brasil .. 41

Maureci Marcelo Velter Junior



Apresentação

O Seminário Direito Civil Contemporâneo: Tecnologia e Marco Civil da Internet foi realizado nos dias 16 e 17 de junho de 2016, no auditório do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), por meio do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com apoio do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCTI) e da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (RDCC) – uma organização de grupos de pesquisa universitários que congrega instituições nacionais e internacionais com o objetivo de desenvolver investigações, eventos, edições, pesquisas de interesse legislativo e jurisprudencial no âmbito do Direito Privado, e é coordenada pelo professor Rafael Peteffi da Silva, e tem a UFSC como uma das fundadoras.

O evento teve como objetivo debater o tema Direito Civil-Tecnologia-Marco Civil da Internet, abordando assuntos, como responsabilidade civil, direito contratual, neutralidade da rede, privacidade, retenção de dados, liberdade de expressão e transmissão de conhecimento.

Foi voltado a pesquisadores, profissionais, acadêmicos, representantes de empresas e setor público, e integrou o Projeto Mais Ciência, executado pela Funjab, com o patrocínio do Ministério de Ciência e Tecnologia.

Resultado do seminário é esta publicação que conta com os seguintes artigos:

A Responsabilidade dos Provedores de Aplicação por Conteúdo Gerado por Terceiros e o Marco Civil da Internet, de João Vitor Gomes Martins, advogado, e Thatiane Cristina Fontão Pires, mestranda em Direito; ambos bacharéis em Direito e membros do Grupo de Pesquisa Direito Civil na Contemporaneidade, vinculado à RDCC, que versa sobre responsabilidade dos provedores de aplicação por conteúdo gerado por terceiros antes e depois da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, Marco Civil da Internet.

A Legalidade do Sistema Peer-to-peer em Face do Princípio do Direito de Autor do Uso Privado, de Lukas Ruthes Gonçalves, graduado em Direito, que discorre sobre o que determina a Convenção de Berna para a avaliação sobre a permissão ou não do uso privado e as possíveis violações do direito de autor do sistema peer-to-peer.

Ensino Jurídico a Distância e o Papel da Ordem dos Advogados do Brasil, de Maureci Marcelo Velter Junior, advogado, mestrando em Direito, que discute a ainda atual inviabilidade do ensino jurídico no Brasil na modalidade a distância, a partir da posição da Ordem dos Advogados do Brasil.

Agradecemos aos pesquisadores e aos organizadores do seminário por suas valiosas contribuições, e também a todos os profissionais que contribuíram para a realização do evento.



A Responsabilidade dos Provedores de Aplicação por Conteúdo Gerado por Terceiros e o Marco Civil da Internet

João Vitor Gomes Martins

Advogado. Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito Civil na Contemporaneidade, vinculado à Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo.
E-mail: joaovgmartins@gmail.com

Thatiane Cristina Fontão Pires

Bacharela em Direito; e mestranda em Direito, pela UFSC. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito Civil na Contemporaneidade, vinculado à Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo.
E-mail: thaticp@gmail.com

Resumo

No intuito de compreender as mudanças trazidas pela Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida por Marco Civil da Internet, na seara da responsabilidade civil, mormente em relação à responsabilidade dos provedores de aplicação por conteúdo gerado por terceiros, o estudo analisa o entendimento jurisprudencial anterior ao referido diploma legal, quanto a danos decorrentes da violação à imagem, à honra, à intimidade e à Propriedade Intelectual, perpetrados por usuários dos referidos provedores, para então identificar quais as teses que emplacaram no Marco Civil, bem como as principais alterações provocadas no antigo entendimento. Longe de esgotar o tema, a pesquisa buscou a comparação do tratamento anterior com o que foi inaugurado com o Marco Civil da Internet, para concluir que foi conferida maior proteção aos provedores de aplicação em geral, quanto à possibilidade de responsabilização pelos danos perpetrados por terceiros.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Marco Civil da Internet. *Notice and take down.*

Não obstante o aparente anonimato e a distância virtual pareçam criar um ambiente propício a atos lesivos, especialmente aos direitos da personalidade e da propriedade intelectual, a Internet não é um ambiente livre de regras jurídicas, em que as pessoas possam fazer o que desejam sem enfrentar as consequências de seus atos. Que os danos decorrentes de atos ilícitos praticados por meio de redes sociais, *blogs*, *e-mails* e arquivos, etc. suscitem a responsabilização dos seus agentes não é novidade. Contudo, frente à dificuldade prática de chegar-se ao autor do dano, surgiu na jurisprudência uma tentativa de responsabilização dos provedores de aplicação pelo conteúdo que apresentam, ainda que tenha sido gerado por um terceiro.

No intuito de analisar as mudanças trazidas pela Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida por Marco Civil da Internet, na seara da responsabilidade civil, mormente em relação à responsabilidade dos provedores de aplicação por conteúdo gerado por terceiros, analisa-se o entendimento jurisprudencial anterior ao referido diploma legal, quanto a danos decorrentes da violação à imagem, à honra, à intimidade e à Propriedade Intelectual, perpetrados por usuários dos referidos provedores, para então identificar quais as teses que emplacaram no Marco Civil, bem como as principais alterações provocadas no antigo entendimento.

A relevância do tema está na sua atualidade, já que com um novo diploma legal, surgem novos problemas, novas teorias e interpretações possíveis, mas também surgem soluções para problemas antigos, já que, até então, a *web* era regulada por legislações genéricas, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Com o Marco Civil, o País ganha uma legislação específica para regular o assunto, dando maior segurança jurídica às questões envolvendo a *web*, com a esperança de que, dessa forma, sejam prevenidas decisões judiciais díspares para casos idênticos.

O primeiro ponto importante que a nova lei logrou resolver está na delimitação de conceitos básicos para se tratar da matéria,

sobretudo a diferenciação dos conceitos de provedor de aplicação e de provedor de conexão, de suma relevância para o objeto de estudo proposto. Do artigo 5º, inciso VII, infere-se que aplicações de Internet são “[...] o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet.” (BRASIL, 2014). Sendo assim, o conceito de provedor de aplicações exclui provedores de infraestrutura (*backbone*) e provedores de conexão (provedor de acesso ou PSAs). Por outro lado, entre os provedores de aplicações incluem-se provedores de correio eletrônico, de hospedagem, de conteúdo e de serviços *online*.

A distinção é relevante, uma vez que no Marco Civil da Internet os provedores de conexão não são responsáveis pelos danos decorrentes de conteúdo gerados por terceiros, por força do disposto no artigo 18 da referida lei. Dessa forma, o diploma legal manteve o entendimento jurisprudencial anterior¹, que já diferenciava os provedores de aplicação dos provedores de conexão, para os quais era garantida uma imunidade geral, enquanto que se buscava a responsabilização do provedor de aplicação em determinadas hipóteses.

Dentre as hipóteses enfrentadas pela jurisprudência antes da promulgação do Marco Civil destacam-se três grupos: a) danos provocados por comentários de leitores em portal de notícias; b) provedores que fazem *hosting* de outros *blogs*, quanto ao conteúdo dos *blogs*; c) conteúdo postado em redes sociais, de que derivam (i) danos causados por mensagens caluniosas, difamatórias, injuriosas no perfil próprio ou no perfil alheio; (ii) dano causado por perfil autêntico, mas que foi *hackeado* por outrem, incidindo nos danos já elencados; (iii) danos causados por perfis falsos, incidindo nos danos já elencados.

Para tanto, em face da ausência de uma lei específica sobre o tema, primeiramente os tribunais discutiram a aplicação ou não

¹ Para saber mais, ver: Brasil (2013b).

do CDC a serviços, em sua maioria, gratuitos. Isso porque o CDC é aplicável, em regra, somente aos serviços remunerados, sendo que a maioria dos portais de notícias oferece a informação de forma gratuita, assim como os *sites* de hospedagem, como *yahoo* ou *blogger*, do mesmo modo que as redes sociais são geralmente gratuitas, como é o caso do *Facebook*. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu, porém, que, nesses casos, de *sites* gratuitos, há remuneração indireta proporcionada pelos anúncios e pela publicidade, por exemplo, e outras formas de vantagens, aplicando-se, assim, o CDC no momento anterior ao Marco Civil.

Quanto às situações em que as vítimas do evento danoso não eram usuárias dos *sites* em que foi publicado o conteúdo lesivo, o STJ passou a tratar como acidente de consumo, aplicando o conceito de consumidor por equiparação do o artigo 17 do CDC mesmo nos casos em que a vítima não usuária era a única lesada pelo evento danoso ocorrido na rede social, por exemplo. Ou seja, a jurisprudência anterior ao Marco Civil da Internet foi firme, no sentido de aplicar o CDC no caso de danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros no provedor de aplicação.

Tal assertiva levaria à consequente conclusão de que a jurisprudência teria reconhecido a responsabilidade objetiva do provedor de aplicação, conforme o artigo 14 do CDC. Contudo, a jurisprudência emplacou pela tese oposta. Isto é, embora reconhecesse a aplicabilidade do CDC, o qual determina expressamente a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, a jurisprudência passou a reconhecer a responsabilidade do provedor de aplicação somente no momento em que, uma vez recebida a denúncia da ilegalidade do conteúdo, o provedor tenha sido negligente e não tenha agido no sentido de removê-la.

Isso significa que a jurisprudência anterior ao Marco Civil da Internet adotou o chamado *notice and takedown*, originário da legislação norte-americana, mais precisamente da *Digital Millennium*

Copyright Act (DMCA), que tem como fim proteger os direitos autorais em ambientes virtuais. Assim, o provedor de aplicação estaria obrigado à retirada (*takedown*) de conteúdos que violem os direitos autorais a partir do recebimento de uma notificação (*notice*) da parte interessada. Em caso de o provedor de aplicação não retirar o conteúdo do ar, mesmo que de forma preventiva para averiguar a veracidade da denúncia, a empresa fica sujeita a responder solidariamente com o usuário causador pelo dano sofrido.

Sob tal perspectiva, a doutrina norte-americana criava uma exceção à responsabilidade por violação de direitos autorais na Internet, assegurando imunidade aos provedores de serviço (*service providers*) que atendessem prontamente à notificação do ofendido para a retirada do material impróprio. Dessa forma, o dever geral de monitoramento permanente da rede transformou-se em uma obrigação específica de agir, a qual, uma vez cumprida, isenta o provedor de responsabilidade.

As discussões no período anterior ao Marco Civil não terminaram com a adoção do *notice and take down*, já que, concomitantemente à aplicação dessa teoria para danos causados, por exemplo, pelos terceiros usuários de rede sociais que proferiram injúrias, difamações ou calúnias em perfis da aplicação, para outro tipo de casos, a jurisprudência reconhecia o risco da atividade e aplicava, simplesmente, a responsabilidade objetiva do provedor, especialmente nos casos de danos provocados por comentários em tempo real em portal de notícias ou de opinião, ao argumento de que a página teria assumido o risco de não realizar um controle editorial prévio dos comentários.²

Não se pode evitar pensar que, na jurisprudência anterior ao Marco Civil, as redes sociais gozavam de um tratamento privilegia-

² “Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.352.053-AL**. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, julgado em 24/03/2015. Tal jurisprudência firmou-se com base em julgado paradigma de 2002, em que uma ofensa fora proferida em programa ao vivo de rádio, em que o entrevistado causou dano à honra de outrem.” (BRASIL, 2003, p. 234).

do (responsabilidade somente em caso de desatendimento da notificação do interessado – *notice and take down*) em comparação com o tratamento deferido aos portais eletrônicos de notícias e de opinião (responsabilidade objetiva pelo risco da atividade).

De qualquer forma, com o Marco Civil da Internet tal incongruência deverá acabar, uma vez que a lei universalizou uma vertente do *notice and takedown* para todo e qualquer provedor de aplicação, que vem sendo chamada de *judicial notice and takedown*, disposta no artigo 19 da lei. Assim, “com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura.”, somente é admitida a responsabilidade civil do provedor de aplicação por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros nos casos em que, depois de ordem judicial específica para tal fim, não forem tomadas providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Se por um lado é exaltada a liberdade de expressão, por outro lado, a única alternativa que restou à vítima para ver o seu dano amenizado mediante a retirada do conteúdo lesivo – o que significaria agir o mais rápido possível em termos de Internet e redes sociais instantâneas, em que a informação circula para milhares de pessoas numa fração de segundo – foi buscar o Judiciário e, com sorte, depois de análise liminar do pedido, conseguir um mandado para que o provedor de aplicação retire, finalmente, o conteúdo e faça cessar a lesão.

Esse é, por certo, apenas o início dos debates concernentes à responsabilidade dos provedores de aplicação por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Questões complexas estão por vir, inclusive na seara processual, como qual das partes deverá arcar com as custas do processo em que o provedor de aplicação cumpre a ordem judicial.

Longe de esgotar o tema, a pesquisa buscou a comparação do tratamento anterior com o que foi inaugurado com o Marco Civil da Internet, para concluir que foi conferida maior proteção aos provedores de aplicação em geral, quanto à possibilidade de responsabilização pelos danos perpetrados por terceiros – com a ressalva de que, em contrapartida, intensificou-se o esforço da vítima para fazer cessar a lesão, bem como alcançar o autor do dano e a reparação.

Referências

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp 1.396.963**. Relator Ministro Raul Araújo, Brasília, DF, DJe 23 maio 2014.

_____. **REsp 1.338.214-MT**. Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3. Turma, Brasília, DF, DJe 2 dez. 2013a.

_____. **REsp 1.381.610-RS**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, julgado em: 3 set. 2013b.

_____. **REsp 1.352.053-AL**. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, julgado em: 24 mar. 2015.

_____. **REsp 331.182-SE**. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 17 mar. 2003, p. 234, Brasília, DF, julgado em: 3 set. 2002

DE HERT, Paul; KLOZA, Dariusz. **Marco Civil da Internet no Brasil**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014.

LOURENÇO, Shandor Portella. A responsabilidade civil extracontratual dos provedores pelos danos causados através da Internet. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações**, Belo Horizonte: Fórum, ano 7, n. 13, jul./dez. 2012.

PAESSANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Responsabilidade civil por publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Marco Civil da Internet**: Comentado. São Paulo: Almedina, 2016.

TOSCANO, Eliphaz Neto Palitot; MORAIS, Annaís Moraes de. **O Marco Civil da Internet como novo paradigma para a responsabilidade civil dos provedores de serviços da rede**: o judicial notice and takedown. [2016]. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=93c442d40a4e0b6f>. Acesso em: 28 maio 2016.



A Legalidade do Sistema Peer-to-peer em Face do Princípio do Direito de Autor do Uso Privado

Lukas Ruthes Gonçalves

Graduado em Direito, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: rglukas@gmail.com

Resumo

O sistema peer-to-peer (P2P) permite que usuários tenham acesso a obras protegidas de maneira rápida e eficiente. Com base na exceção do uso privado, este trabalho tem como problema verificar até que ponto o compartilhamento de arquivos entre usuários do sistema está abarcado por essa exceção. A Convenção de Berna determina a aplicação da regra dos três passos para se avaliar se o uso privado de uma obra seria permitido ou não. Esses passos são: sua aplicabilidade somente para casos especiais; não entrar em conflito com a exploração normal da obra e; não prejudicar irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito. Como resultado, quando utilizado exclusivamente para o *upload*, o uso do sistema P2P incorre em violação do direito de autor para os tratados internacionais. Já quando o fim último de sua utilização é o *download*, tal operação é enquadrada na exceção do uso privado, sendo permitida no âmbito dos tratados contanto que respeitando a Regra dos três passos. Essa é uma importante conclusão, pois com o crescente uso de sistemas de troca de informações pela Internet, faz-se necessário saber o que os tratados internacionais de direito de autor consideram como legal no uso de tecnologias como a P2P.

Palavras-chave: Sistema peer-to-peer. Uso privado. Regra dos três passos. *Download* e *Upload*. Obras protegidas.

Introdução

O surgimento da Internet, mais do que qualquer outra tecnologia, fez com que todo aquele que quisesse apreciar um filme, uma

música ou outros tipos de obras não mais precisasse ficar restrito a locais ou a horas determinadas, podendo aproveitar todo tipo de manifestação do conforto de sua casa e no horário mais conveniente. O sistema P2P, fruto da arquitetura da rede mundial de computadores é, sem dúvidas, um dos grandes responsáveis por tal conexão entre usuários do mundo inteiro ao permitir tão intensa troca de conteúdo, conforme exemplificado acima.

Tal sistema teve seu uso popularizado pelo Napster, no início do século XXI, sistema que permitia aos seus usuários compartilhar e receber suas músicas favoritas. Contudo, por inúmeras acusações de violação do direito de autor o *software* norte-americano teve de ser descontinuado. Alegou-se que o compartilhamento de músicas era realizado sem o consentimento dos titulares de direito de autor e que o Napster sabia disso. Porém desde seu fechamento surgiram vários *softwares* P2P, ao contrário do que a indústria fonográfica e outros titulares de obras ansiavam.

Os estudos da matéria de Propriedade Intelectual revelam que aos titulares de obras competem alguns direitos de natureza patrimonial, nomeadamente os que concernem o compartilhamento e a reprodução de conteúdo. Assim, os usuários desse tipo de sistema estariam infringindo direitos de terceiros ou seriam eles abarcados por algum tipo de exceção pelo uso privado? Do mesmo modo, será que a possibilidade de *download* maciço por meio de sistemas P2P sob o alegado uso privado não deveria incorrer em algum tipo de limitação por parte dos legisladores mundo afora para garantir o equilíbrio entre titulares e usuários de conteúdo protegido?

Assim, tendo como tema delimitado o sistema P2P e os limites do uso privado, este trabalho procura responder o que é uma obra protegida e quais os direitos inerentes a ela, além de seus limites, com base em tratados e legislações internacionais. Para em seguida apresentar a definição do sistema P2P e das operações realizadas por ele quando utilizado pelo usuário.

Espera-se com o exposto chegar-se em uma resposta satisfatória acerca da legalidade da utilização de sistemas P2P por parte do usuário final em âmbito internacional.

Obras Protegidas no Âmbito do Direito de Autor

A Convenção de Berna não traz em seu texto propriamente uma definição do que seria uma obra autoral. Contudo, ela prevê em seu artigo 2º um rol exemplificativo de itens que apresenta tudo o que se entendia como sendo passível de proteção autoral por parte dos países signatários da Convenção, não limitando, todavia, sua expansão, desde que a obra se enquadre no âmbito literário, científico ou artístico. Luís Menezes Leitão destaca que “[...] a obra é necessariamente uma criação humana, não sendo objeto de proteção as obras que sejam criadas sem essa intervenção, mesmo que possam ser esteticamente apreciadas.” (LEITÃO, 2011, p. 70).

O Tratado de Direito de Autor da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) de 1996 atualiza o sentido de obra trazendo em seu artigo 2º que a proteção autoral “[...] abrange as expressões, e não as ideias, os processos, os métodos operacionais ou os conceitos matemáticos enquanto tal.” (LEITÃO, 2011, p. 57).

Inclusive, Eugen Ulmer (1980), cuja posição adotar-se-á para definir o que seria a obra autoral, entendia que a obra consiste de uma expressão intelectual criativa. Desse modo, para ser definido como obra é preciso que a produção traga algo novo no aspecto cultural, sendo necessário que tenha sido criado pelo espírito humano, não por animais ou máquinas, além de ser essencial que outras pessoas possam ter acesso à obra seja por meios materiais ou imateriais.

Direitos Patrimoniais do Autor

Definindo-se a obra como expressão intelectual criativa, cabe agora verificar quais são os direitos, ou faculdades, a que o titular dessa criação tem o gozo e usufruto. A Convenção de Berna distingue, especificamente em seus artigos 6 bis e 11 bis, dois tipos de direitos de autor: os morais e os patrimoniais.

Os primeiros destinam-se a regular a ligação pessoal do autor com sua obra, tendo como características a inalienabilidade, a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade (LEITÃO, 2011). Por sua vez os direitos patrimoniais têm como fim garantir a exploração econômica da obra, caracterizando-se pela alienabilidade, renunciabilidade e prescritibilidade (LEITÃO, 2011).

Neste trabalho, o foco será dirigido ao aspecto patrimonial da proteção dos direitos de autor, pois não se questiona o autor e a integridade da obra, mas sim o seu uso, com finalidade econômica ou não, por parte de terceiros.

José de Oliveira Ascensão (1997) comenta que os direitos patrimoniais se constituem essencialmente em direitos exclusivos de exploração econômica. Contudo, conforme os modos de utilização da obra por terceiros se desenvolveram, assim também ocorreu com o conceito, sendo aprofundado pelo mesmo autor mais como sendo um direito de participação financeira sobre o uso do conteúdo protegido, do que propriamente um direito de exploração financeira. Fora do âmbito de proteção do direito patrimonial há também a possibilidade de uso livre da obra, ponto que será abordado mais adiante neste texto.

Dos direitos patrimoniais¹, destacam-se três, dois deles previstos na Convenção de Berna e um adicionado posteriormente pelo Tratado da OMPI sobre o Direito de Autor (TODA). Os dois pri-

¹ Sendo eles, entre outros, o direito de reprodução, comunicação ao público, representação, recitação, distribuição da obra, aluguel, tradução, execução e distribuição e comunicação ao público.

meiros seriam o Direito de Reprodução e o Direito de Comunicação da Obra ao Público.

Sobre o Direito de Reprodução, Ascensão (1997) comenta que o sentido adotado pela Convenção de Berna dessa expressão teria em vista somente a produção de exemplares. De acordo com esse autor tal faculdade estaria estritamente ligada ao exemplar, deixando de englobar qualquer faculdade de ordem diferente.

Acerca do Direito de Comunicação da Obra ao Público o jurista português destaca tratar-se “[...] sempre de formas de apresentação de uma obra que a fazem acessível ao público independentemente da posse de um exemplar da obra.”, ocorrendo tal exibição em um local acessível, por período determinado e que não implique a posse de um exemplar da obra por parte do usuário. Ou seja, esse direito envolve a possibilidade de apreciação do objeto do direito de autor por uma grande parcela do público, como acontece em uma exposição de arte, por exemplo.

Já o terceiro direito patrimonial trata do Direito de Comunicação e Disposição ao Público (DCDP), adicionado posteriormente pelo TODA quando da sua publicação em 1996.

Cumprе destacar que o surgimento desse dispositivo se deu durante o advento da Internet pelo difícil enquadramento da partilha de arquivos como uma das modalidades de comunicação ao público da Convenção de Berna. Enquanto que a previsão da Convenção presumia uma comunicação em limitados intervalos de tempo, a realidade da emergente distribuição digital exigia uma legislação diferenciada.

Pedro Cordeiro (2012) diferencia o DCDP do Direito de Comunicação especialmente no aspecto de acesso do público à obra. Para o autor, no Direito de Comunicação o foco está no ato de transmissão, como no teatro, terminando o acesso da audiência quando a comunicação é cessada. Por outro lado, o que está em jogo no DCDP é a colocação da obra à disposição, sendo o público elemen-

to essencial para seu usufruto, dada a constante possibilidade de acesso da audiência ao conteúdo disponibilizado. Entretanto, com a Internet, a noção de público aplicável ao DCDP evoluiu, diferenciando-se do que era aplicado ao Direito de Comunicação. Faz-se necessário, portanto, entender o que é público e como esse conceito evoluiu.

Bobbio (2007, p. 27) trata da grande dicotomia existente entre o público e o privado. Contudo, para fins deste trabalho a definição de público utilizada será aquela constante de sua descrição do binômio “público ou secreto”. Público, nesse sentido, é “[...] aquilo que é manifesto, aberto ao público, feito diante de espectadores.”, enquanto que, a título de contraponto, o privado “[...] se diz ou se faz num restrito círculo de pessoas e, no limite, em segredo.

Pedro Cordeiro (2012), com relação à evolução desse conceito de público, comenta primeiramente ter havido uma mudança espacial, pois com o surgimento não só da Internet, mas anteriormente da radiodifusão, o local em que se apreciavam as obras mudou de uma sala de teatro ou de espetáculos para os rádios, televisões, e eventualmente para computadores, nas casas do público. Desse modo, o local de apreciação de peças teatrais, filmes e músicas passou a ser difuso, não mais dependendo de um recinto específico para esse fim.

Em segundo lugar, ele comenta a existência de uma mudança temporal. Com o surgimento da Internet, a emissão do conteúdo e sua recepção por parte da audiência deixou de ser necessariamente imediata, com o público tendo horários definidos para apreciar suas composições favoritas.

Tendo em vista essa exposição, nota-se que com a evolução dos meios de comunicação a legislação autoral também teve de se adaptar para tentar abranger a então inovação que era a Internet. Perceber-se-á, especialmente no próximo ponto sobre os limites ao Direito de Autor, a preocupação do legislador em buscar uma defi-

nição dos termos, com destaque para o que seria o público e o que seria o privado numa era de troca de informações instantânea.

Assim, com o fechamento desse ponto, já se pode ter uma noção do que seria uma obra passível de proteção pelos Direitos de Autor, qual seja fruto de uma expressão intelectual criativa. Do mesmo modo, viu-se algumas das faculdades que o titular de tal obra possui, cuja importância será atestada no decorrer do presente trabalho. Essas seriam o Direito de Reprodução, Comunicação da obra e de Comunicação e Disposição ao Público.

Utilizações Livres de Obras Protegidas: o uso privado

Depois de ter-se obtido conhecimento de quais seriam os direitos patrimoniais relevantes para o estudo, cumpre analisar agora quais seriam seus limites. Tal estudo se faz necessário para futuramente poder-se compreender onde o compartilhamento de arquivos está situado no âmbito do direito de autor.

José de Oliveira Ascensão (2003, p. 2) afirma que “[...] o direito de autor é um direito como qualquer outro. Por isso, como todo o direito, tem limites”. Com isso, o autor lusitano quer dizer que nem toda a utilização da obra é passível de tutela pela legislação autoral, podendo ser realizada sem autorização do titular da obra.

De maneira sintética podem ser identificadas três classes de utilizações livres: as que salvaguardam, fundamentalmente, os direitos do indivíduo; as que tutelam interesses de caráter comercial; e as que se destinam a promover a disseminação da informação e do conhecimento para o bem comum (AKESTER, 2013). Considerando o objetivo deste trabalho em tratar sobre a troca de arquivos entre pessoas singulares, destaque será dado aos limites que versem sobre o âmbito do indivíduo.

O uso privado, como serão denominadas as práticas de cópia, reprodução e utilização de obras com fins privados, tem como principais características, por exclusão, o fim não econômico e seu aspecto não público.

Tal conceito é profundamente desenvolvido na obra de José Alberto Vieira (2009), o qual traz pontos essenciais que devem ser observados na prática do uso privado. Primeiramente, quanto ao meio de reprodução o autor comenta ser possível cópia total ou parcial, permanente ou transitória, de obra ou prestação protegida, por qualquer meio, independente de ela ser analógica ou digital.

Sobre quem poderia fazer esse uso o autor comenta que o mesmo só pode ser realizado por pessoa singular, afastando as pessoas jurídicas do âmbito legal da figura. Contudo, não é vedado o acesso à obra por parte de terceiros, de modo que a execução da obra em círculo familiar ou entre amigos é permitida.

Quanto à finalidade, essa seria a de satisfazer necessidades pessoais de caráter não econômico; “[...] não incluídos ficam, pois, os actos de reprodução ligados ao exercício de actividade profissional, ainda que desenvolvida individualmente, e, naturalmente, os que tenham subjacente um aproveitamento comercial de qualquer natureza.” (VIEIRA, 2009, p. 30).

Por fim, o autor não estabelece um limite quantitativo de cópias para ser qualificado como uso privado, destacando que tal assertiva deve ser feita em análise do caso concreto. Do mesmo modo a cópia feita por terceiro não se encontraria coberta pelo uso privado, tendo em vista não se destinar a cumprir as necessidades pessoais de quem realiza a cópia.

Em suma, o uso privado poderia ser caracterizado como utilização integral ou parcial da obra por pessoa singular sem fins econômicos e sem a intermediação de terceiros.

Os Motivos para a Adoção da Regra dos Três Passos

Em sua concepção, a Convenção de Berna, datada de 1886, não previa qualquer tipo de regulamentação no que tangia ao uso privado e às limitações em geral. José de Oliveira Ascensão (2003, p. 16) inclusive argumenta que esse “[...] era mais que um limite ao direito autoral: era matéria estranha a este. O direito autoral outorgava um direito exclusivo de exploração econômica da obra na esfera pública. A esfera privada era simplesmente considerada uma zona livre”.

Tal evolução e o fato de vários Estados-partes da Convenção de Berna adotarem um sem número de limitações aos direitos autorais, muitas vezes variadas conforme o país, esvaziava os direitos patrimoniais dos titulares, como explica Maristela Basso (2007). Assim surgiu a necessidade de se debater e regulamentar os limites que seriam impostos ao direito do titular da obra, em complementação à Convenção de Berna.

Por esse motivo, a Revisão de Estocolmo do ano 1967 introduziu, no artigo 9(2) da Convenção de Berna, a regra dos três passos, posteriormente adotada no texto da Convenção de Paris de 1971.

Desse modo a reprodução de obras sem a autorização de seu titular seria autorizada: a) em certos casos especiais; b) quando não afetasse a exploração normal da obra e; c) quando não causasse prejuízo injustificado aos interesses do autor, formando, assim, a tríade de requisitos. Cabe agora análise de cada um desses itens objetivando entender a regra dos três passos como um todo e sua aplicabilidade.

Sobre o requisito dos certos casos especiais, os anais das negociações de Estocolmo (UNCTAD-ICTSD, 2005, p. 188) revelam que deve ser interpretado como requerendo uma exceção para um propósito específico. Desse modo, normas abarcando uma larga variedade de matérias ou usos não seriam consistentes com a pro-

visão sendo necessário que a lei preveja, como no caso dos dispositivos do artigo 5º da Diretiva 2001/29 ou do artigo 46 da Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 brasileira, quais são os casos excepcionais que limitam a aplicação do direito de autor.

Em relação ao segundo quesito, o referido documento sustenta que a exploração “normal” da obra inclui tanto um componente empírico quanto normativo. Assim, a avaliação do cumprimento dessa segunda exceção demanda análise de como a obra é de fato explorada, assim como se a natureza de exploração é permissível ou desejável. Ou seja, o uso privado não poderia concorrer com a exploração da obra feita por seu titular em âmbito econômico.

Por fim, quanto ao prejuízo dos interesses legítimos do titular da obra determinou-se que tanto interesses econômicos e não econômicos são abrangidos. No que se refere ao “legítimo” tal deve ser visto sob a ótica de autorizado pela lei, enquanto que o “prejuízo” seria o passível de causar irrazoável perda de rendimentos ao titular da obra (UNCTAD-ICTSD, 2005).

É necessário destacar que a aplicação da regra é cumulativa, portanto qualquer uso extraordinário a ser enquadrado como uma exceção prevista no artigo 9(2) da Convenção de Berna deve ser, ao mesmo tempo, um caso especial que não afete a exploração normal da obra e nem prejudique os interesses legítimos do titular da obra. Essa regra geral serve então como um balizador para que as legislações nacionais prevejam cada qual suas limitações ao uso privado, tendo a liberdade para estabelecer as exceções que desejem, entretanto, sempre devendo se pautar pela disposição da normativa internacional, de modo a garantir um equilíbrio entre os direitos patrimoniais do autor e seu uso excepcional.

Todavia, conforme explica Patrícia Akester (2013), em sua concepção a regra dos três passos só era aplicável para excepcionar o direito de reprodução (previsto no artigo 9(1) da Convenção), porquanto ter sido introduzida com esse propósito à época da Re-

visão de Estocolmo de 1967. Assim sendo, somente às exceções ao direito exclusivo de reprodução, entendido esse como produção de exemplares, seriam aplicadas às disposições do artigo 9(2). Ver-se-á a seguir a necessária evolução sofrida por essa norma e sua aplicação no atual contexto do direito de autor.

Evolução e Entendimento Atual da Regra dos Três Passos

Com a evolução dos dispositivos tecnológicos e dos sistemas de trocas de arquivos, tanto o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), de 1994, quanto o TODA, de 1996, precisaram trazer outra inovação ao âmbito do direito de autor. Essa se refere à expansão da aplicabilidade da regra dos três passos para além do direito exclusivo de reprodução da obra.

O artigo 13 do Acordo TRIPS estabeleceu: que 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 (BRASIL, 1994).

Já o artigo 10º do TODA é ainda mais específico ao dispor que em determinados casos especiais que não obstam à exploração normal da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do autor, as Partes Contratantes podem estabelecer na sua legislação nacional limitações ou exceções aos direitos reconhecidos no presente Tratado aos autores de obras literárias e artísticas. Dispõe o mesmo artigo ainda que na aplicação da Convenção de Berna, as Partes Contratantes devem restringir as limitações ou exceções aos direitos nela previstos a determinados casos especiais que não obstem à exploração normal da obra e não prejudiquem de forma injustificável os legítimos interesses do autor (OMPI, 1996).

Sobre o primeiro, Patrícia Akester (2013, p. 410) comenta que a disposição do artigo 13 se adequa, dada sua flexibilidade, ao intenso ritmo de mudança que caracteriza o digital ao permitir a aplicação sem ressalvas da regra dos três passos. Relativamente ao segundo a autora afirma que o artigo 10 do TODA “[...] autoriza a extrapolação, para o campo do digital, de exceções e limitações consideradas aceitáveis pela Convenção de Berna, assim como o alargamento adequado no respectivo âmbito”.

À vista disso, percebe-se a preocupação em fazer com que a legislação autoral acompanhasse a evolução natural dos dispositivos tecnológicos e os meios de comunicação e distribuição de obras por meio da rede. Tal evolução, ainda que tivesse como principal intuito o equilíbrio entre o direito de autor e o interesse público (UNCTAD-ICTSD, 2005, p. 186), inevitavelmente traz maiores restrições ao limite do uso privado, o qual em sua origem, como já mencionado, nem era tutelado pelo direito de autor.

Tal expansão da aplicação da regra dos três passos afeta, além do direito de reprodução, os já mencionados Direito de Comunicação e Direito de Comunicação e Disposição da Obra ao Público. Em decorrência disso as três classes de limites já estudados, com enfoque dado ao uso privado, devem submeter-se à regra dos três passos para serem consideradas legítimas, passando pela necessária tutela da lei. Do mesmo modo, essa expansão se aplica ao meio o qual o conteúdo é explorado, não sendo mais restrito ao meio analógico, mas sim sendo aplicável ao meio digital, incluindo a Internet.

Vistos os direitos patrimoniais do autor, seus limites e o modo pelo qual são tutelados pelo regramento internacional, analisar-se-á a seguir o funcionamento do sistema P2P e como ele se relaciona com as normas e disposições do direito de autor. A verificação desse paralelo do sistema com a normativa é essencial para determi-

nar sua legalidade como ferramenta de compartilhamento de obras protegidas.

As Origens e o Funcionamento do Sistema Peer-to-peer

Discorrer sobre o funcionamento do sistema peer-to-peer, ou seja, P2P envolve, em parte, falar sobre o funcionamento da própria Internet, tendo em vista o elemento fulcral de ambos ser o compartilhamento de informações por meio da rede. Contudo, focar-se-á na origem do sistema enquanto facilitador da troca de arquivos entre usuários.

O primeiro sistema a permitir esse tipo de operação foi o americano Napster. Seu criador, Shawn Fanning, de acordo com o engenheiro da Microsoft, Jin Li (2008), projetou, em maio de 1999, um programa no qual os usuários poderiam disponibilizar as músicas que estivessem dispostos a compartilhar. Além do mais, usuários do programa de Shawn faziam o *download* do arquivo desejado diretamente do computador de outras pessoas, dispensando o uso de um servidor central.

O programa foi lançado no início do século XXI e chegou a ter 1,5 milhões de usuários simultâneos em fevereiro de 2001. Mesmo tendo sido desligado poucos meses depois por conta de uma ordem judicial ele ajudou a popularizar e a tornar a troca de arquivos por P2P a operação de maior volume na Internet (LI, 2008).

O Napster e os seus sucessores trouxeram uma revolução na forma como se trocam arquivos na Internet. É relevante, dessa maneira, clarificar o que é exatamente o sistema responsável por esse avanço.

Discorre Jin Li (2008, p. 4) que “P2P é definido como uma classe de aplicações que se aproveita de recursos – armazenamento, ciclos, conteúdo, presença humana – disponível nos cantos da

Internet”². Complementa o autor que em comparação com a tradicional arquitetura cliente-servidor da Internet, uma aplicação P2P tem a importante propriedade de que cada nóculo (par) pertence a um diferente usuário e contribui com seus próprios recursos em troca do serviço disponibilizado pela rede P2P.

Assim, o par/usuário é tanto provedor quanto receptor de recursos. Quanto mais pares se juntam à rede P2P e a demanda no sistema aumenta, maior também sua capacidade. Desse modo, continua o engenheiro, uma aplicação P2P requer poucos recursos para ser gerenciada, além de ser robusta e de escala imensurável. Isso em contraste absoluto com o custo da estrutura de uma aplicação cliente-servidor, na qual o servidor é responsável pela capacidade e os usuários somente se aproveitam de sua capacidade, sem contribuir com o compartilhamento de informações. Por conta disso qualquer usuário, escolhido arbitrariamente, pode ser removido da rede sem que essa sofra qualquer perda no serviço de conexão.

Em suma, a função de uma aplicação de P2P é organizar a distribuição de conteúdo com base nos comandos de busca e fornecimento de informação dados pelos usuários. Com o programa correto o sistema permite que os usuários encontrem e compartilhem entre eles os arquivos desejados com poucos cliques.

Sendo o objetivo deste trabalho estudar o sistema supra com base no uso privado, focar-se-á a análise sob a ótica do usuário final, como indivíduo fazendo uso da rede para compartilhar e receber arquivos. Tal distinção é importante tendo em vista que, apesar de ser o elemento central, o usuário não é o único participante da rede P2P. Essa envolve ainda seus intermediários como o provedor de acesso à rede e o responsável por gerenciar e disponibilizar o sistema utilizado para a troca de arquivos (como Bittorrent, Kazaa, etc).

² “P2P is defined as a class of applications that take advantage of the resources – storage, cycles, content, human presence – available at the edges of the Internet.” (LI, 2008, p. 4, tradução nossa).

No polo do usuário percebe-se a realização de duas operações distintas ao se realizar a troca de arquivos por meio da rede P2P (VIEIRA, 2009). A primeira delas, o *download*, ocorrendo quando o usuário encontra e requer a transferência de determinado arquivo para seu computador. A segunda, o *upload*, em decorrência da disponibilização de tal arquivo para que outros possam acessá-lo, de forma a manter a redundância da rede.

A polêmica na utilização do sistema está no fato de ele permitir o compartilhamento de obras protegidas de maneira rápida, fácil e sem a autorização do titular do direito. Pode-se argumentar em defesa desse tipo de prática que pelo fato dela ser a utilização integral ou parcial da obra por pessoa singular sem fins econômicos e sem a intermediação de terceiros a mesma poderia ser caracterizada como uso privado, portanto além dos limites da atuação do direito patrimonial do autor³. Contudo, viu-se anteriormente que esses limites foram expandidos, nomeadamente pela introdução e evolução da regra dos três passos, a qual passou a regular fortemente a possibilidade de utilização do limite do uso privado.

À vista disso, passar-se-á a discorrer sobre cada uma das operações realizadas ao se utilizar o sistema P2P. Objetiva-se verificar a possibilidade de enquadrá-las como uso privado ou não, com base nos fundamentos do direito de autor já vistos anteriormente, apontando, caso contrário, quais direitos estariam sendo infringidos mediante a troca de arquivos.

O *Download* de Obras Protegidas

Na definição de José Alberto Vieira (2009, p. 4) “Por *download* entende-se a recepção num computador de um ficheiro armazenado remotamente noutra local, que pode ser um servidor *web*, um

³ Pelas próprias características do compartilhamento de arquivos pelo sistema P2P: individualidade, fins não lucrativos, sem intermediários.

servidor FTP, um servidor de correio electrónico ou outro computador, por exemplo, numa rede P2P”. Destaca o autor que esse termo é frequentemente associado à outra operação efetuada no computador receptor pelo seu utilizador, qual seja a gravação do arquivo.

A mera recepção, em sua opinião, não configuraria violação de algum direito patrimonial do autor, tendo em vista ser abarcada pelo uso privado (é o que ocorre, por exemplo, quando se visualiza um vídeo na Internet). O grande problema estaria justamente na realização de cópia duradoura do arquivo no disco rígido do computador, permitindo sua visualização ainda que desconectado da Internet, o que ocorre quando se trocam arquivos pelo sistema P2P.

Nesse ponto cumpre destacar quais seriam os direitos patrimoniais tuteláveis quando tal gravação é feita. Como visto anteriormente os passíveis de serem afetados com a realização de tal atividade seriam o Direito de Comunicação, o Direito de Reprodução e o Direito de Comunicação e Disposição da Obra ao público, mas será que todos ou sequer um deles é abalado por essa atividade?

Sobre o Direito de Comunicação, Westkamp *et al.* (2007) asseveram que a característica da simultaneidade da apreciação da obra no decorrer da sua transmissão seria indispensável, bem como defenderam que obra devesse ser transportada de um lugar para outro. Assim, o aspecto dinâmico da troca de arquivos pela Internet não seria, a princípio, aplicável à tal direito, pois não é vinculada a um período específico de tempo.

A aplicação do Direito de Reprodução à troca de arquivos pela Internet é tímida no sistema do *Droit D’auteur*, mesmo porque o sistema sofre com a limitação do uso privado, porém sua aplicação é muito mais sentida no direito anglo-saxónico, em especial o norte-americano.

A solução mais preferível, no que tange ao sistema do *Droit D’auteur*, seria considerar o ato subsequente à colocação à disposição do público como um ato meramente técnico, não reconduzível

ao direito de reprodução. Assim, o único direito afetado, de acordo com o autor português, ao se realizar a troca de uma obra protegida por meio da internet seria o DCDP, e não necessariamente quando do seu *download*.

Assim, somente o *upload*, a ser abordado no próximo tópico, seria passível de tutela pelo DCDP, de modo que a realização de *download*, pelo direito continental europeu, estaria abarcada em sua totalidade pelo limite do uso privado. Na opinião de Pedro Cordeiro (2012, p. 21) “[...] se o choque de permitir o *download* do ficheiro é grande, tal advém do facto de não ter havido uma contrapartida para o autor. Todavia, foi esse o caminho seguido pelos Tratados Internet”.

Contudo, sobre a legalidade do *download* há no direito comparado outra grande tendência. Os países anglo-americanos não conhecem o limite do uso privado e não consagram a cópia privada.

Isso posto, ainda que o *download* esteja a princípio livre da tutela do direito de autor no âmbito do direito continental europeu, do qual o Brasil bebe da fonte, não é tarefa simples determinar se a gravação de arquivos no disco rígido de um computador é realmente tão livre quanto os princípios e os tratados internacionais fazem deduzir.

O Upload de Obras Protegidas

O *upload* é uma operação contrária ao *download*. Trata-se da transmissão de um arquivo que se encontra em um sistema local para outro ponto da rede, como de um PC para um servidor. Dependendo do programa utilizado para realizar a partilha de arquivos por P2P, geralmente depois de recebidos eles ficam em partilha para outros usuários, tornando-se acessíveis ao *download* de outros usuários do respectivo sistema.

Por suas características exclusivas, viu-se que o direito que é afetado pelo *upload* de arquivos pelo sistema P2P seria o Direito de Comunicação de Disposição da Obra ao Público, conforme disposto no artigo 8º do TODA. Contudo, diz José Alberto Vieira, “[...] um *upload* simultâneo ao *download* para uso privado, e causado pela realização desse último, não constitui uma violação do direito de autor se o utilizador fizer cessar no seu computador a comunicação ao público após ter acabado de fazer a sua cópia”. Desse modo, somente o *upload per se* constituiria violação do supracitado direito, não sendo tutelável pelo uso privado pelo caráter eminentemente público de todos os usuários do sistema P2P terem acesso ao arquivo disponibilizado na rede.

Considerações Finais

A segunda metade do século XX trouxe inovações tecnológicas que revolucionaram a relação entre autores e usuários de obras protegidas. A disseminação de aparelhos de rádio e televisores, além do surgimento da Internet, trouxe uma nova dinâmica à maneira de se consumir conteúdo.

À medida que essas tecnologias foram surgindo, cada vez menos o público precisava estar no mesmo espaço físico-temporal do detentor da obra. Enquanto o rádio e a televisão possibilitaram o afastamento físico, permitindo à audiência permanecer no conforto de suas residências ou casas de amigos para ouvir uma música ou assistir a um filme, a Internet possibilitou o afastamento temporal, permitindo que as pessoas decidissem não somente onde, mas também quando usufruiriam de determinada obra.

Isso fez com que preocupações antes inexistentes, como a necessidade de regulação do uso privado, comesçassem a ser pautadas a partir da Revisão de Estocolmo de 1971, a qual primeiramente introduziu a regra dos três passos na Convenção de Berna. Tal

evolução tecnológica também levou à necessidade de se rever os direitos de exploração econômica de obras protegidas, por serem considerados inadequados, os então existentes, ante as novas modalidades de compartilhamento de obras.

O surgimento do Direito de Comunicação e Disposição da Obra ao público no TODA e no Acordo TRIPS foi consequência dessa necessidade. Essa foi uma tentativa de se regulamentar um tipo de acesso à obra que não mais dependia do consentimento de seu titular para ser usufruída, o acesso pela Internet. Além do DCDP houve também uma nova interpretação do Direito de Reprodução e do Direito de Comunicação, sendo esses expandidos para abranger as novas tecnologias e modalidades de usos de obras protegidas.

Viu-se que obras protegidas são todas aquelas frutos de expressão intelectual criativa. Sobre elas incidem dois tipos de direito de autor: os morais e os patrimoniais, dando-se foco aos direitos patrimoniais, por serem esses os mais afetados com o compartilhamento de obras. Destacaram-se dos direitos patrimoniais os já mencionados Direito de Reprodução, de Comunicação e o DCDP, os mais afetados pelo compartilhamento de obras pela Internet.

Elucidou-se, também, os requisitos para que o uso de uma obra protegida fosse considerado como privado nos dias de hoje. Esse poderia ser uma utilização integral ou parcial da obra, desde que feita por pessoa singular, sem fins econômicos e sem a intermediação de terceiros. Além disso, deveria respeitar os direitos patrimoniais do autor, em especial os destacados neste trabalho, e os princípios estabelecidos pela regra dos três passos.

Tendo em vista o exposto, como se tutelaria a tecnologia conhecida como P2P? Viu-se que ela se caracteriza pela troca de arquivos ocorrida entre usuários sem a necessidade de um servidor central. Esse tipo de tecnologia permite que cada usuário, em seu ambiente privado, sem fins econômicos e sem a intermediação de terceiros, realize com outros pares o *upload* e o *download* de arquivos de maneira simultânea.

Concluiu-se que quando a finalidade do uso desse tipo de sistema é o *download*, seu uso seria permitido, mas que quando tal tecnologia fosse utilizada somente para realizar o *upload*, essa ação recairia como infração do DCDP, direito patrimonial exclusivo do titular da obra.

Quanto ao sistema P2P especificamente, conclui-se que seu uso estritamente para o *upload* não é abarcado pelo uso privado, sendo, pelo contrário, configurado como violação dos direitos patrimoniais do autor. Sobre o *download* de obras, sua realização qualifica-se como uso privado, contanto que se respeitem os princípios estabelecidos pela regra dos três passos e as particularidades de cada região.

Referências

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Lei dos Direitos Autorais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.** Acordo Sobre Aspectos Dos Direitos De Propriedade Intelectual Relacionados Ao Comércio. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/images/stories/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.** Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS). Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 75.699, de 5 de março de 1975.** Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

AKESTER, Patrícia; **Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais**. Coimbra: Editora Almedina, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O fair use no direito autoral. **Direito da Sociedade da Informação**, v. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

BASSO, Maristela. **As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do Teste dos Três Passos (Three-Step-Test)**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/as_excecoes_e_limitacoes_aos_direitos.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Direito e Sociedade**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CORDEIRO, Pedro. Partilha de ficheiros e suspensão do acesso à rede. **Direito da Sociedade da Informação**, v. X, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

GARCIA, Gabriel. **Game of thrones bate novo recorde de pirataria**. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/game-of-thrones/noticias/2015/05/game-of-thrones-bate-novo-recorde-de-pirataria.shtml>>. Acesso em: 12 maio 2015.

GUIBAUKT, L. *et al.* **Study on the implementation and effect in member states: laws of Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society**. Amsterdam: Institute for Information Law; University of Amsterdam, 2007.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito de Autor**. Coimbra: Almedina, 2011.

LI, Jin. On peer-to-peer (P2P) content delivery. **Peer-to-Peer Networking and Applications**, v. 1, n. 1, p. 45–63. Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs12083-007-0003-1>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). **Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, de 1996**. Disponível em: <<https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2009/07/14600/0488904896.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

UNCTAD-ICTSD. **Resource Book on TRIPS and Development**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ULMER, EUGEN. **Urheber und Verlagsrecht**. 3. ed. Berlin: Heidelberg, 1980.

VIEIRA, José Alberto. Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado. **Direito da Sociedade da Informação**, v. VIII, Coimbra Editora, 2009.

WESTKAMP, Guido. **The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States**. London: Queen Mary Intellectual Property Research Institute, 2007.



Ensino Jurídico a Distância e o Papel da Ordem dos Advogados do Brasil

Maureci Marcelo Velter Junior

Advogado. Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Resumo

Este trabalho tem por objetivo verificar a situação atual do ensino jurídico, na modalidade EAD, no Brasil. Para isso, inicia com considerações gerais sobre essa modalidade de ensino, passando-se, em seguida, para a disciplina legislativa da matéria, com enfoque para o papel do órgão de classe da advocacia, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no processo de criação, autorização e reconhecimento de cursos jurídicos. Com base em casos concretos nos quais a OAB foi chamada a se manifestar sobre a autorização de cursos de Graduação em Direito a distância, bem como em posições oficiais exaradas em atos internos e opiniões de seus principais dirigentes reproduzidas na imprensa, sustenta-se que o órgão de classe adota posição no sentido de que o ensino a distância é inadequado para o curso de bacharelado em Direito, ao menos no atual estado da técnica e tendo em vista a situação do ensino jurídico no País.

Palavras-chave: Educação. EAD. Ordem dos Advogados do Brasil. Graduação em Direito.

Introdução

Com a evolução nas tecnologias e nos meios de comunicação, os cursos a distância têm proliferado pelo País, representando uma solução para o acesso ao ensino superior de pessoas que, em razão da distância dos centros tradicionais de ensino ou por incompatibilidade de horários, não têm condições de frequentar aulas presen-

ciais. Por oferecerem uma solução para a carência de profissionais em algumas áreas do conhecimento, assim como proporcionar um meio de educação àqueles que do contrário não a teriam; a educação a distância (EAD) é permitida, regulamentada e, inclusive, incentivada pelo Ministério da Educação (MEC).

Todavia, tratando-se de uma modalidade peculiar de ensino, a EAD necessita de especial atenção, tanto para que se desenvolvam metodologias pedagógicas compatíveis com a modalidade, como para aferir a compatibilidade com determinadas áreas do conhecimento.

O campo do Direito possui uma das maiores, quiçá a maior, demanda no campo educacional, sendo extremamente atraente para as instituições de ensino, e por isso é inegável o interesse de algumas instituições pela oferta do curso na modalidade a distância. No entanto, o Direito é um dos poucos ramos do conhecimento em que a legislação brasileira prevê a participação ativa de certos órgãos de classe – no caso, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – no processo de criação, autorização e reconhecimentos dos cursos de nível superior.

O presente estudo visa a analisar a relação entre o ensino a distância e os cursos jurídicos, em especial a posição oficial e a atuação da OAB, bem como a influência e repercussão de suas manifestações perante os órgãos com função de avaliação e regulamentação da educação superior.

O Ensino a Distância

A EAD caracteriza-se como modalidade educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorre com a utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com estudantes e professores desen-

volvendo atividades educativas em lugares ou tempos diversos (BRASIL, 20016).

Conforme ensinam Mello *et al.*, (2010), numa perspectiva histórica, o meio precursor da aprendizagem a distância foi a educação por correspondência, a qual começou em meados do século XIX na Europa e Estados Unidos, como modalidade elaborada a fim de ofertar educação para aqueles que não podiam comparecer em ambientes de sala de aula tradicional, enquanto no século XX a televisão começou a ter um papel importante na oferta de cursos de educação a distância. Todavia, com os avanços tecnológicos, como o computador e a Internet, surgiram os Ambientes Virtuais de Aprendizagem (AVAs), que utilizam as tecnologias para beneficiar a comunicação entre alunos e professores e entre colegas de estudo, possibilitando novas oportunidades para que o aluno possa participar de forma mais ativa no processo de ensino-aprendizagem.

Nos últimos anos, a EAD tem crescido intensamente, devido, principalmente, aos grandes avanços das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) e à grande popularização da Internet. As principais TICs utilizadas para dar suporte à EAD são os AVAs, que se caracterizam como programas (*softwares*) que auxiliam na elaboração de cursos *online*, projetados para ajudar professores a gerenciar o conteúdo para os alunos, administrar o curso e acompanhar o progresso dos estudantes.

O grande potencial destes ambientes para a EaD está justamente no fato de eles permitirem a transmissão e fomentação do conhecimento sem que seja necessário o contato físico entre os envolvidos (alunos e professores) em horários e locais pré-determinados, entretanto é também através desta característica dos AVAs que advêm alguns dos problemas da EaD, como, por exemplo, a evasão escolar. (NUNES *et al.*, 2010, p. 314).

Todavia, segundo apontam Santos e Machado (2010), o ensino não presencial demanda uma maior autonomia responsável dos alunos, bem como obriga o professor a explorar novos métodos, seja na didática, na avaliação, na interação e na conscientização dos alunos. A atuação do professor em um curso a distância é mais complexa do que na sala de aula presencial. Oliveira e Mercado (2010) enumeram competências e habilidades que devem ser desenvolvidas pelo docente, como autoria em EAD, interação, mediação pedagógica e produção de conhecimento coletivo. Essas competências específicas demandam uma formação contínua para o uso das ferramentas oferecidas pelas plataformas de ensino a distância, sem prejuízo da experiência no ensino EAD, haja vista suas particularidades em relação à sala de aula convencional.

É inegável que as TICs revolucionaram o ensino à distância, porém, parece consensual entre os estudiosos da área que essa modalidade de ensino exige adaptação e habilidades específicas que diferem do modelo pedagógico tradicional, focado no ambiente da sala de aula presencial. No entanto, o aumento da utilização do ensino *online* (*e-learning*), segundo Santos e Schneider (2010), em parte se deve ao constante desenvolvimento das novas tecnologias, mas também reflete uma necessidade, por parte de instituições e indivíduos, de encontrar uma forma de aprendizagem de baixo custo e fácil acesso.

Por isso o avanço da EAD precisa ser visto com ponderação e cautela, uma vez que sua expansão, muitas vezes motivada exclusivamente pela sua comodidade e potencialidade de oferecer um curso acessível e barato a um grande número de pessoas, sem a devida adaptação das instituições, dos docentes e dos discentes aos novos ambientes e ao modelo específico e peculiar de EAD, pode levar a um comprometimento da qualidade do ensino. A questão ganhou relevância singular com a iniciativa de algumas universidades de oferecerem cursos de Graduação em Direito na modalidade a distância.

É um fato notório a quantidade de faculdades de Direito existentes no País. Segundo notícia vinculada no *site* do Conselho Federal da OAB, em 14 de outubro de 2010, o Brasil teria mais faculdades de Direito do que todos os países no mundo juntos, possuindo 1.240 cursos para a formação de advogados em território nacional, enquanto no restante do planeta a soma ficaria em torno de 1.100 universidades. Evidente, portanto, que o ensino jurídico é um ramo extremamente atraente para as instituições de ensino, que pode ser expandido substancialmente por meio do ensino a distância.

Não obstante, as instituições de ensino enfrentaram uma forte resistência da sociedade civil, especialmente da OAB, à criação de cursos Graduação em Direito a distância, ao ponto de inexistir hoje no País curso nessa modalidade autorizado pelo Ministério da Educação. Isso ocorreu em grande parte devido à atuação da OAB, até mesmo por ser um dos poucos órgãos de classe com participação ativa no processo de autorização e reconhecimento de cursos de ensino superior. Para entender melhor a situação, é imprescindível conhecer o modo como a legislação brasileira trata esse processo, bem como as particularidades pertinentes ao curso de Direito.

O Processo de Autorização e Reconhecimento de Cursos Jurídicos e o Papel da Ordem dos Advogados do Brasil

A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (LDB), é a legislação que regulamenta o sistema educacional do Brasil, no âmbito público e privado, abrangendo da educação básica ao ensino superior. Embora em seu artigo 46 a LDB disponha sobre a autorização e reconhecimento dos cursos presenciais na educação superior, e em seu artigo 80 discipline as regras gerais para os programas de ensino a distância, não consta no diploma legislativo qualquer menção à

participação da OAB ou outra entidade de classe, ficando a cargo do decreto regulamentador e da legislação administrativa regular a participação desses órgãos.

Com efeito, é por meio do Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006, que regulamenta o artigo 46 da LDB, que algumas entidades de classe são introduzidas no processo de autorização de abertura e funcionamento de cursos do ensino superior, notadamente por meio do artigo 28, §2º, que passou a vigorar com as alterações propostas pelo Decreto nº 8.754, de 10 de maio de 2016, que dispõe:

§ 2º A oferta de cursos de graduação em Direito, Medicina, Odontologia, Psicologia e Enfermagem, inclusive em universidades e centros universitários, depende de autorização do Ministério da Educação, após prévia manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e do Conselho Nacional de Saúde, respectivamente. (BRASIL, 2016).

Assim, que a abertura de novos cursos de Graduação em Direito no País passará, obrigatoriamente, pelo crivo da OAB, que será chamada a se manifestar por meio de ofício da secretaria responsável pelo processo de abertura do curso, conforme procedimento previsto no artigo 31, § 3º, do referido decreto.

Apesar de o Decreto 5.773/2006 dispor sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação, a princípio visar aos cursos *presenciais*, é evidente sua aplicação aos cursos de ensino a distância, até porque o conceito de curso de ensino superior abrange tanto a modalidade presencial quanto a EAD.

Outrossim, embora a obrigatoriedade da manifestação da OAB nos cursos de Graduação em Direito à distância possa ser extraída por meio de interpretação analógica e sistemática da legislação citada, a participação do órgão de classe também encontra previsão expressa no Regulamento do Ensino à distância no Brasil.

Conforme já exposto, o artigo 80 da LDB traz as linhas gerais do EAD no País, dispondo, no *caput*, que “O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada.” e no §3º que “As normas para produção, controle e avaliação de programas de educação a distância e a autorização para sua implementação, caberão aos respectivos sistemas de ensino, podendo haver cooperação e integração entre os diferentes sistemas.” (BRASIL, 1996).

A disposição legal da LDB foi regulamentada pelo Decreto nº 5.622, de 19 de dezembro de 2005 que indica as disposições gerais do EAD, disciplina o credenciamento de instituições, a oferta de educação de jovens e adultos, especial e profissional, na educação básica, e a oferta de cursos de graduação e pós-graduação na modalidade a distância. Nesse contexto, o próprio Regulamento da EAD remete à competência da OAB para se manifestar na criação de cursos jurídicos, determinando a observância do procedimento para a avaliação dos cursos presenciais estabelecido no Decreto 5.733/2006, no que cabível. Dispõe o artigo 23 do Decreto 5.622/2005:

Art. 23 A criação e autorização de cursos de graduação a distância deverão ser submetidas, previamente, à manifestação do:

Conselho Nacional de Saúde, no caso dos cursos de Medicina, Odontologia e Psicologia; ou

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no caso dos cursos de Direito.

Parágrafo único. A manifestação dos conselhos citados nos incisos I e II, consideradas as especificidades da modalidade de educação a distância, terá procedimento análogo ao utilizado para os cursos ou programas presenciais nessas áreas, nos termos da legislação vigente. (BRASIL, 2005).

Contudo, a previsão normativa para a participação da OAB na criação de cursos jurídicos não se restringe à esfera infralegal, uma vez que encontra guarida na Lei nº 8.906 de 9 de julho de 1994, o Estatuto da OAB, que em seu artigo 54, inciso XV, estabelece a Competência do Conselho Federal da OAB para “[...] colaborar com o aperfeiçoamento dos cursos jurídicos, e opinar, previamente, nos pedidos apresentados aos órgãos competentes para criação, reconhecimento ou credenciamento desses cursos”. Novamente, a lei deixa a critério do regulamento a fixação dos parâmetros dessa colaboração com o aperfeiçoamento e participação no processo de autorização, reconhecimento e credenciamento dos cursos jurídicos, especialmente os de graduação. No caso, a norma regulamentadora é o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, elaborado pelo próprio Conselho Federal, e os critérios e parâmetros das manifestações estão fixados no artigo 83 do referido diploma.

Art. 83 Compete à Comissão Nacional de Educação Jurídica do Conselho Federal opinar previamente nos pedidos para criação, reconhecimento e credenciamento dos cursos jurídicos referidos no art. 54, XV, do Estatuto. (NR)

§ 1º O Conselho Seccional em cuja área de atuação situar-se a instituição de ensino superior interessada será ouvido, preliminarmente, nos processos que tratem das matérias referidas neste artigo, devendo a seu respeito manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias.

§ 2º A manifestação do Conselho Seccional terá em vista, especialmente, os seguintes aspectos:

- a) a verossimilhança do projeto pedagógico do curso, em face da realidade local;
- b) a necessidade social da criação do curso, aferida em função dos critérios estabelecidos pela Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal;

c) a situação geográfica do município sede do curso, com indicação de sua população e das condições de desenvolvimento cultural e econômico que apresente, bem como da distância em relação ao município mais próximo onde haja curso jurídico;

d) as condições atuais das instalações físicas destinadas ao funcionamento do curso;

e) a existência de biblioteca com acervo adequado, a que tenham acesso direto os estudantes.

§ 3º A manifestação do Conselho Seccional deverá informar sobre cada um dos itens mencionados no parágrafo anterior, abstendo-se, porém, de opinar, conclusivamente, sobre a conveniência ou não da criação do curso.

§ 4º O Conselho Seccional encaminhará sua manifestação diretamente à Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal, dela não devendo fornecer cópia à instituição interessada ou a terceiro antes do pronunciamento final do Conselho Federal. (OAB, 1994).

Deveras, o artigo do regulamento reflete o próprio caráter opinativo da manifestação da OAB ao estabelecer que o Seccional não deverá se manifestar conclusivamente sobre a conveniência ou não da criação do curso. Todavia, à vista dos critérios estabelecidos no § 2º, parece que a vedação à opinião conclusiva visa mais a evitar embates institucionais, internos e externos, e conflitos de competência do que à elaboração de um documento meramente descritivo e auxiliar. Ora, ao se manifestar sobre as condições das instalações físicas, a existência ou não de biblioteca adequada, a situação geográfica do município e especialmente a verossimilhança do projeto pedagógico e a necessidade social da criação do curso, é inevitável um juízo de valor opinativo e conclusivo, haja vista que a negativa em qualquer um dos critérios importa em uma implícita conclusão contrária a autorização e reconhecimento do curso avaliado.

A redação do artigo 83 do regulamento gerou polêmica no meio acadêmico e perante as instituições de ensino superior, principalmente depois da edição da Resolução nº 03/2006, elaborada pelo Conselho Federal da OAB, que introduziu os parágrafos 2º, 3º e 4º ao artigo citado, ampliando substancialmente a participação da OAB no processo de autorização e reconhecimentos dos cursos. Com efeito, sobre o assunto foi elaborado o Parecer CNE/CES nº 241/2012, em razão de consulta apresentada ao Conselho Nacional de Educação pela Associação Brasileira de Mantenedores de Ensino Superior (ABMES), referente “[...] às atribuições da regulação da educação superior, tendo vista a Resolução nº 3/2006 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.”¹, com a formulação dos seguintes questionamentos:

A) Em relação às funções de regulação e avaliação relativas ao ensino superior no sistema federal de ensino:

A.1) A quem incumbe o exercício das funções de regulação e avaliação das instituições e cursos superiores no sistema federal de ensino?

A.2) É competência dos conselhos de fiscalização do exercício profissional a avaliação das condições de oferta de ensino dos cursos superiores? (MEC, 2012).

¹ Na fundamentação da ABMES, a associação tece pesadas críticas à Resolução nº 03/2006, sustentando que a OAB pretenderia “[...] ocupar o espaço constitucionalmente outorgado ao MEC no procedimento de regulação e fiscalização do ensino superior.”, invadindo as competências de regulação e avaliação do sistema federal de ensino ao editar normas a serem observadas nos processos de autorização, reconhecimento e renovação dos cursos de Direito, sobretudo ao ignorar o sistema de avaliação do SINAES. Outrossim, a crítica mais contumaz foi direcionada ao § 4º do artigo 83, notadamente na parte em que estabelece que a Seccional da OAB não deverá fornecer cópia à instituição interessada ou a terceiro antes do pronunciamento final do Conselho Federal, que foi considerado inconstitucional pela ABMES, por violar o devido processo legal garantido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. A associação afirmou, ainda, que a função, ainda que velada, do referido dispositivo incorporado ao Regulamento pela Resolução nº 3/2006 seria “[...] impedir o acesso dos administrados que possuem legítimo interesse nas questões discutidas em tais relatórios, não importa quais argumentos falaciosos sejam levantados pelos que as instituem.” (MEC, 2012).

Em resposta à consulta da ABMES, o relator – Conselheiro Paulo Monteiro Vieira Braga Barone – asseverou, em relação ao primeiro questionamento, que as funções de avaliação e regulação da educação superior, no âmbito do sistema federal, são de competência do MEC, do Conselho Nacional de Educação e do (CNE), do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas (INEP) e da Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior (CONAES) e, no que toca ao segundo, que “[...] a participação de órgãos de controle do exercício profissional de profissões regulamentadas em processos regulatórios é restrita à manifestação prevista nos artigos 28, 36 e 37 do Decreto 5.773/2006, não estando prevista participação nos processos avaliativos.” (MEC, 2012). Afirmou, ainda, que as decisões regulatórias devem ser fundamentadas nos resultados dos processos avaliativos, como determina o artigo 38 do Decreto Regulamentador, não obstante ressalve que talvez seja oportuno à OAB e às demais autarquias estabelecer critérios no âmbito de tais órgãos a fim de conferir objetividade às manifestações apresentadas. A orientação do relator foi aprovada por unanimidade pelo Colegiado do Conselho Nacional de Educação, em 6 de junho de 2012, resultando no já citado Parecer nº 241/2012, exarado no Processo interno nº 23001.000157/2006-24.

O esforço do órgão de classe da advocacia por adotar uma postura mais atuante é expressada não só por ações, como também por opiniões, oficiais e extraoficiais, de seus membros. Em nota publicada no *site* do Conselho Federal, o Presidente da OAB na Gestão 2010–2013 – Ophir Cavalcante Junior – afirmou que a OAB foi inúmeras vezes voz isolada ao denunciar a inobservância, por algumas instituições de ensino, das exigências básicas relativas às condições materiais, falta de bibliotecas, de qualificação do corpo docente, e que embora se tenha refreado o furor de autorizações de funcionamentos de cursos jurídicos, essa prática nunca cessou completamente, e o número atual, ultrapassando a casa do milhar, causa perplexidade e repulsa. Por essas razões, a OAB tem

aumentado sua influência no processo educacional, seja por meio da sua competência opinativa já exposta, seja por meio de programas como o “OAB Recomenda”, que desde 2001 confere selo de qualidade às instituições de ensino jurídico, tendo outorgado o seu selo a 142 faculdades de Direito no ano de 2016.

Graduação em Direito a Distância: o caso do curso jurídico oferecido pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL)

Um caso emblemático para o estudo jurídico à distância no Brasil envolve o curso de Graduação em Direito, na modalidade a distância, oferecido pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul) ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com objetivo de proporcionar aos serventuários da Justiça a realização do referido curso, mediante o auxílio e apoio do Tribunal de Justiça por meio de bolsas de estudo, tendo sido objeto do Termo de Cooperação nº 02/2007.

Subordinada, a instituição de ensino, ao Conselho Estadual de Educação, o processo de autorização do curso se iniciou no órgão e, por se tratar de curso de Direito, foi encaminhado ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na forma dos artigos 28, § 2º, e 31, § 3º, do Decreto 5.773/2006, para sua manifestação. Em reunião do Pleno do Conselho Federal, em 18 de fevereiro de 2008, o Relator – Conselheiro Paulo Roberto de Gouvêa Medina – lavrou parecer desfavorável à autorização do curso oferecido pela Unisul, o qual foi aprovado por unanimidade.

Nos fundamentos do parecer, o relator não se restringiu à análise objetiva do curso da Unisul, aproveitando para tecer considerações sobre a atual situação do ensino jurídico no País, o que demonstra a evidente preocupação do Conselho Federal com a pro-

liferação desenfreada de cursos de Direito². Depois de asseverar as falhas do projeto pedagógico do curso, que seria incompatível com as exigências dos cursos a distância, bem como a situação precária da biblioteca, no ponto de vista de acervo e instalações, o parecer conclui com três recomendações: a) a opinião desfavorável à autorização; b) a adoção, pelo Conselho Federal, da diretriz traçada neste caso em todos os processos concernentes à aprovação de projetos que tenham por objeto o oferecimento de cursos jurídicos à distância; e c) a expedição de ofício ao Senhor Ministro da Educação para que “[...] sejam sustadas, por ora, as autorizações para cursos jurídicos a distância e que rígidos critérios de admissão de alunos sejam estabelecidos para terem aplicação a partir do instante em que se superar a crise que atravessa, atualmente, o ensino do direito no País”.

O parecer desfavorável da OAB e a iniciativa de expedir ofício ao Ministro da Educação para que não autorizasse cursos de Graduação em Direito na modalidade EAD repercutiu na mídia especializada e foi um dos motivos que levaram o Tribunal de Justiça de Santa Catarina a rescindir o Termo de Cooperação nº 02/2007. Com efeito, em julgamento realizado em 9 de novembro de 2009 no Processo Administrativo nº 2009.900068-1, da Capital, o Conselho da Magistratura do Tribunal decidiu, por unanimidade, pela rescisão da parceria com a Unisul, haja vista as falhas no conteúdo programático do curso oferecido e a questionável legalidade e regularidade, com ausência de garantia de que os diplomas expedidos ao final do curso teriam validade nacional. Em adição à posição da OAB, não faltaram críticas ao curso no próprio Tribunal de Justi-

² A orientação resta clara nos seguintes trechos do parecer: “Penso que tais diretrizes, no que tange à formação jurídica, não podem ignorar a crise por que passa o ensino do direito no país. Em momentos de crise, há mais o que corrigir do que inovar, reclama-se maior rigor nos critérios e contenção de todo tipo de facilidade. Por outro lado, se tanto se tem criticado a multiplicação desordenada de cursos jurídicos, se estes crescem, a cada dia, com o beneplácito do Estado, não há como condescender com a experiência nova de cursos a distância, cujo regime liberal pressupõe, como já foi dito, maior senso de responsabilidade da parte das instituições que os oferecerem e maior aplicação por parte dos alunos que o realizam.” (MEDINA, 2008, p. 3).

ça de Santa Catarina. De fato, além de questões orçamentárias do Tribunal, despiciendas aos objetivos do presente estudo, uma das razões fundamentais que levaram à rescisão foi a manifestação do Diretor da Academia Judicial – Desembargador Lédio Rosa de Andrade – que questionou a legalidade do curso de Direito Virtual e a asseverou que “[...] o envolvimento da Academia Judicial em cursos de péssima qualidade poderia comprometer futuros projetos na área educacional”.

O precedente citado estabeleceu um novo paradigma no ensino jurídico na modalidade EAD, uma vez que atraiu a atenção dos órgãos de classe, notadamente a OAB, que se manifestaram de maneira peremptoriamente contrária à adoção da modalidade, atuando e exercendo pressão no MEC para inviabilizar as autorizações para cursos de Graduação em Direito a distância. Atualmente, o Brasil não tem nenhum bacharelado em Direito na modalidade a distância autorizado pelo MEC.

A posição do MEC fez com que algumas instituições de ensino buscassem mecanismos para burlar as regras e o entendimento estabelecido, criando cursos jurídicos em outros países e recorrendo ao procedimento de revalidação de diploma estrangeiro. Em notícia vinculada no Jornal o Estado de São Paulo e também na revista Consultor Jurídico, ambas em 5 de junho de 2011, informou-se que dois engenheiros brasileiros, em parceria com uma advogada americana, criaram nos EUA uma faculdade de Direito na modalidade a distância voltada para Brasileiros. Conforme trecho da notícia:

A faculdade voltada pra brasileiros nos EUA surgiu em 2008. Antes se chamava Brazilian Law International College (Blic), em 2010 mudou para College of Brazilian Studie (Am-bra). A instituição tem hoje menos de 300 alunos matriculados. Noventa por cento deles moram no Brasil e querem revalidar o diploma aqui. [...] A instituição não promete a re-

validação abertamente. Ainda assim, afirma que é possível fazer o processo em universidades públicas sem a interferência do MEC. Para facilitar o processo, a Ambra firmou parcerias com duas universidades estaduais: a de Roraima e a do Vale do Acaraú (CE). Para a OAB, conta [o secretário-geral da OAB, Marcus Vinicius] Coelho, é “improvável que o MEC permita a revalidação. Se o governo não autoriza cursos de Direito a distância no Brasil, como aceitará a revalidação de um diploma emitido no exterior?” (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2011).

Contudo, essa busca, pelas instituições de ensino, por alternativas e por meios para oferecer o curso de Direito a distância apenas reforça o fato de que a modalidade EAD ainda é considerada inadequada pelos órgãos oficiais para a Graduação em Direito.

Considerações Finais

É inegável a tendência da OAB de participar cada vez de forma mais ativa do processo de criação e reconhecimento dos cursos de Direito no País. Entre os motivos possíveis para esse aumento no interesse e participação do órgão de classe no processo educacional, está sem dúvida a quantidade exorbitante de cursos jurídicos ofertados no Brasil.

Apesar de a EAD oferecer ferramentas e facilidades pedagógicas, bem como se caracterizar como uma alternativa de maior acessibilidade e menor custo quando comparada à modalidade presencial, no caso dos cursos de Graduação em Direito a diretriz defendida pela OAB, que ganha respaldo perante o MEC, é no sentido de corrigir e não de inovar, aumentando o rigor nos critérios e contendo todo tipo de facilidade, haja vista a enorme proliferação dos cursos jurídicos de baixa qualidade.

Portanto, o ensino a distância como alternativa para o curso de Bacharelado em Direito ainda não foi adotado pelo País e, à vis-

ta das particularidades do ensino jurídico brasileiro, parece que só será viável quando as instituições de ensino encontrarem um modo de assegurar ao MEC e à OAB a qualidade dos cursos oferecidos.

Referências

BRASIL. **Decreto nº 5.662, de 19 de dezembro de 2005**. Regulamenta o art. 80 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5622.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Decreto nº 8.754, de 10 de maio de 2016**. Altera o Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006, que dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Disponível em: <<http://www.cofen.gov.br/wp-content/uploads/2016/06/Decreto-8754-1.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006**. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Disponível em: <<http://www.portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/legislacao/decreton57731.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. **Brasil, sozinho, tem mais faculdades de Direito que todos os países**. 2010a. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises>>. Acesso em: 24 maio 2016.

_____. **OAB entrega a 142 faculdades selo de qualidade em ensino de direito**. 2016. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/29187/oab-entrega-a-142-faculdades-selo-de-qualidade-em-ensino-de-direito>>. Acesso em: 24 maio 2016.

_____. **OAB Recomenda**. 2013–2016. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/servicos/oabrecomenda>>. Acesso em: 24 maio 2016.

_____. **Parecer da OAB contra graduação à distância leva à rescisão de curso**. 2010b. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/18896/parecer-da-oab-contra-graduacao-a-distancia-leva-a-rescisao-de-curso>>. Acesso em: 24 maio 2016.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (MEC). CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO (CNE). **Parecer CNE/CES nº 241/2012, de 6 de junho de 2012**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=11639-pces241-12-pdf&category_slug=setembro-2012-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 15 jun. 2017.

MELLO, Braulio Adriano de; SILVA, Denilson Rodrigues da; KURTZ, Fabiana Diniz. Ambientes virtuais de aprendizagem: uma discussão sobre concepções, funcionalidades e implicações didáticas. *In*: MACHADO, Glaucio José Couri (Org.). **Educação e ciberespaço: estudos, propostas e desafios**. Aracaju: Virtus, 2010.

NUNES, Maria Augusta S. N. *et al.* Computação afetiva e sua influência na personalização de Ambientes Educacionais: gerando equipes compatíveis para uso em AVA na EaD. *In*: MACHADO, Glaucio José Couri (Org.). **Educação e ciberespaço: estudos, propostas e desafios**. Aracaju: Virtus, 2010.

SILVA, Rosane Leal da. Educação no ciberespaço: a experiência do *Blog Aprender Direito*. *In*: JORNADA NACIONAL DA EDUCAÇÃO: A EDUCAÇÃO NA SOCIEDADE DOS MEIOS VIRTUAIS, 14., 7 a 10 out. 2008, Santa Maria. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <<http://www.unifra.br/eventos/jne2008/Trabalhos/12.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Brasileiros criam curso de Direito a distância nos EUA, em português**. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,brasileiros-criam-curso-de-direito-a-distancia-nos-eua-em-portugues-imp-,728167>>. Acesso em: 26 maio 2016.

OLIVEIRA, Carmen Lúcia de Araújo Paiva; MERCADO, Luis Paulo Leopoldo. Trabalho docente na educação online. *In*: MACHADO, Glaucio José Couri (Org.). **Educação e ciberespaço: estudos, propostas e desafios**. Aracaju: Virtus, 2010.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). **Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB**. 1994. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/legislacao/regulamento-geral>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Brasileiros criam curso a distância nos EUA**. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-05/brasileiros-criam-curso-direito-distancia-eua-portugues>>. Acesso em: 26 maio 2016.

SANTOS, Renata Maria; MACHADO, Glaucio José Couri. A didática *online*: propostas e desafios. *In*: MACHADO, Glaucio José Couri (Org.). **Educação e ciberespaço**: estudos, propostas e desafios. Aracaju: Virtus, 2010.

SECCIONAL DA OAB – DISTRITO FEDERAL. **OAB defende paralisação de novos cursos à distância**. 2008. Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/noticias/oab-defende-paralisacao-de-novos-cursos-a-distancia/>>. Acesso em: 24 maio 2016.

ISBN 978-85-7840-228-0



9 788578 402280



MINISTÉRIO DA
CIÊNCIA, TECNOLOGIA,
INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES

