

## Propriedade intelectual. Normas deontológicas relativas a textos de doutrina jurídica. Vedação do plágio, mediante ocultação de quem é o originador de ideias e expressões alheias.

«On peut dérober à la façon des abeilles, sans faire tort à personne; mais le vol de la fourmi qui enlève le grain entier ne doit jamais être imité »<sup>1</sup>

"Sa personnalité sociale, si incertaine, me devint claire aussitôt quand je sus son nom, comme quand, après avoir peiné sur une devinette, on apprend enfin le mot qui rend clair tout ce qui était resté obscur et qui, pour les personnes, est le nom."<sup>2</sup>

Denis Borges Barbosa (janeiro de 2012)

<i>A cultura é reelaboração</i> .....	2
O processo de conhecimento é um discurso de incontáveis falantes .....	4
Em parte, um problema de direito .....	5
Em parte, um problema de direito autoral.....	6
A simples ocultação e os muitos disfarces.....	7
<i>A origem de uma criação e sua importância</i> .....	10
A imputação ao originador .....	12
Do D1 ao D3.....	15
A questão do filtro de entrada à exclusiva .....	17
Dos requisitos da novidade e da originalidade .....	21
O que acontece com a criação que não passa no filtro de entrada? .....	22
Um espaço sem efeitos patrimoniais?.....	24
Não há um dilema entre anomia e a exclusiva .....	26
<i>A ocultação reprovável fora das exclusivas</i> .....	26
Idéias estão fora do direito autoral .....	27
O interesse privado na revelação da fonte das idéias e informações.....	29
O interesse público na revelação da fonte das idéias e informações .....	31
Os pressupostos da tutela desse interesse não protegido por direito autoral.....	33
A proibição da ocultação da origem como infração deontológica .....	34

---

1 LE VAYER, François de Lamothe. Carta CXXXIX, v. XII. p. 161, apud BAYLE, Pierre. Dictionnaire historique et critique. v.VI, 1820, p. 164-165. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k50438s/f168.image.r=%C3%A9phore.langPT>. Recolhido do texto de POUILLET, Eugène. Propriété Littéraire et Artistique et du Droit de Représentation. Paris : Générale de Jurisprudence, 1894, p. 491-514.

2 PROUST, Marcel. À La Recherche du Temps Perdu. Tomo IV. Coleção Terre de France. Paris: Omnibus, ed. Reimpressa, 2011, p. 197.

Dos efeitos da infração deontológica .....	37
Ofensa tanto ao discurso da ciência quanto ao bem público .....	38
Na reprovação, no entanto, resguardo do devido processo legal .....	39
<i>Da infração ética à violação de direitos de exclusiva autoral .....</i>	<i>41</i>
Da fixação do nosso objeto de análise .....	41
Da Lei 9.610/98.....	43
Dois aspectos do ilícito: proporção do material oculto e originalidade .....	44
Da proporção do empréstimo .....	44
A proporção varia com a natureza do texto .....	46
Do elemento subjetivo .....	47
Da originalidade.....	48
Das limitações.....	51
Do direito à informação .....	51
Do direito de citação .....	52
Da citação e seus abusos .....	55
A interpretação das limitações.....	56
Do que seria abusivo .....	59
<i>Do código Penal.....</i>	<i>60</i>
A revogação do art. 185.....	61
<i>Dos critérios para apuração de plágio.....</i>	<i>63</i>
Onde haverá sempre infração .....	64
Os métodos literais.....	65
Os métodos não literais.....	66
Quando a elaboração é de menos, e a similaridade demais .....	68
E como apontar o plágio de idéias? .....	69
CONCLUSÕES .....	73
<i>Da noção de plágio.....</i>	<i>73</i>
<i>Reprodução de elementos não literais .....</i>	<i>74</i>
<i>Da interpolação de textos próprios e alheios .....</i>	<i>75</i>
<i>Da ação do tempo sobre o plágio.....</i>	<i>75</i>

Neste estudo, examinamos a hipótese em que uma pessoa incorpora, em produção científica, doutrinária ou expressiva que apresenta como própria, contribuições alheias a que não revela - ou encobre - a origem.

## **A cultura é reelaboração**

Um fato, sempre refletido pelos autores e decisões judiciais, é que a cultura se faz por reaproveitamento e reelaboração. É o que, numa leitura da inclusão dos direitos autorais como objeto de direitos constitucionais, em 1891, diz João Barbalho:

Com efeito, por mais proprietário que se queira considerar o autor de uma obra científica, literária ou artística, não se pode deixar de reconhecer que o pensamento, o princípio, a verdade, a noção que em seu trabalho ele incorpora, consagra, expõe, ensina, mostra, não lhe pertence como o exclusivo dono e senhor proprietário de uma idéia. Dono de um pensamento? Por outro lado, o mundo das idéias é uma comunhão e acumula o que lhe são legado a título gratuito, as cogitações dos doutos, dos gênios de muitas e muitas gerações.

Desse repositório comum e inesgotável, desse patrimônio intelectual da humanidade tiram seus elementos formadores as novas concepções no domínio das ciências, das letras, das artes.<sup>3</sup>

Barbalho, aliás, não é nada original, pois a mesma observação se fez e se faz incessantemente. Diz Lydia Pallas Loren:

No entanto, como toda obra baseia-se inevitavelmente em criações anteriores, algumas em maior grau do que outras, constituir um monopólio muito exacerbado vai realmente impedir o desenvolvimento de novas obras, limitando futuros criadores utilização de obras anteriores. Aqui reside a tensão fundamental da lei de direitos autorais.<sup>4</sup>

Assim, o *novus* resulta de aproveitamento do corpo da cultura e do conhecimento, ao qual se acedem novas contribuições; sem acesso a este conjunto já existente não se produz coisa nova. Se houver impedimentos e barreiras à utilização desse *corpus*, restringe-se a nova contribuição.

Por isso mesmo, de um ponto de vista essencialmente econômico, nota-se que essa necessidade de realimentação contínua de elementos pré-existentes – que é elemento indispensável à cultura - estabelece um limite máximo de eficiência do direito autoral. Um direito de exclusiva excessivamente exacerbado pode diminuir o acesso livre e aumentar o custo de criar novas obras<sup>5</sup>.

Por isso fez-se a epígrafe de François de Lamoignon Le Vayer com que se inicia este estudo, parcela de um texto em que o preceptor de Luis XIV nota que o valor das “novas concepções no domínio das ciências, das letras, das artes” resulta na

---

3 BARBALHO, João. Comentários à Constituição de 1891, ed. 1902. Não se imagine aqui qualquer censura ao direito de exclusiva: “A economia, tanto quanto a cultura, necessita, por vezes, do uso de material expressivo para transformações, versões, atualizações, pró-ações, de cunho até intensamente comercial. Resguardar os interesses da economia não é um mal, a economia não atua só no estímulo ao uso comercial das obras, dar uso comercial às obras não causa câncer.” BARBOSA, Denis Borges. Anais do Seminário Direitos Autorais e Acesso à Cultura, ago/2008, p. 93. Disponível em [http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/08/anais\\_sem\\_direitos\\_autorais\\_acesso\\_cultura\\_sao\\_paulo.pdf](http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/08/anais_sem_direitos_autorais_acesso_cultura_sao_paulo.pdf). Acesso em: 23/2/2011.

4 LOREN, Lydia Pallas. Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems. The Journal of Intellectual Property Law, Fall, no. 1, 1997 "However, because any work inevitably builds on previous works, some to a greater extent than others, providing too large a monopoly will actually hinder the development of new works by limiting future creators use of earlier works. Herein lies the fundamental tension in copyright law."

5 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Economic Structure of Intellectual Property Law. Harvard University Press, 2003, p. 69. "To the extent that a later author is free to borrow material from an earlier one, the later author's cost of expression is reduced; and from an ex ante view-point every author is both an earlier author from whom a later author might want to borrow material and the later author himself. In the former role he desires maximum copyright protection for works he creates, but in the latter he prefers minimum protection for works created earlier by others. True, the first generation of authors, having no one to borrow from, will have less incentive to strike the optimal balance than later ones. Later generations of authors may also differ among themselves on where to set the level of copyright protection; authors expecting to borrow less than they are borrowed from will prefer more copyright protection than those expecting to be net borrowers. Ex ante, however-which is to say before anyone knows whether he is likely to be a net "debtor" or "creditor"-authors should be able to agree on the level of copyright protection. A fundamental task of copyright law viewed economically is to determine the terms of this hypothetical contract, or in other words to strike the optimal balance between the effect of copyright protection in encouraging the creation of new works by reducing copying and its effect in discouraging the creation of new works by raising the cost of creating them".

verdade de uma proporção entre o que se apropria dos outros e o que se costura como trabalho próprio <sup>6</sup>.

Assim, não se imagine que se venha a censurar neste texto as reelaborações que um contribuinte da cultura faz sobre massa de conhecimentos e criações que o precede. O uso do material anterior é esperado e exigível. Pelo contrário, nosso propósito é examinar a licitude ou reprovabilidade do comportamento de quem *oculta* quais são as origens do material usado nesta contínua e inexorável realimentação.

### O processo de conhecimento é um discurso de incontáveis falantes

C'est ainsi que Jacques Lacan a pu dire qu'il y a une « forclusion du sujet » dans le discours de la science. C'est un discours qui ne se subjective pas <sup>7</sup>.

A normativa da propriedade intelectual tem como função principal a atribuição de determinados efeitos patrimoniais diretos (a par de outros efeitos, de natureza diversa) aos atos humanos de criação intelectual, em proveito de sujeito específicos. No contexto desse ambiente normativo, assim, a noção de *autor* ganha um papel muito específico.

Tal noção de *autor* – ou originador – é um elemento fulcral para a atribuição da titularidade dos direitos patrimoniais desse campo do direito <sup>8</sup>. Algum laço obrigacional ou normativo vinculará a *função de originação* à aquisição de titularidade dos direitos exclusivos ou outras situações patrimoniais.

Assim, neste campo específico, o processo de elaboração contínua da cultura terá recortes necessários para a individualização de proveitos. Em algum ponto, a contribuição específica de um *originador* deve ser identificada e quantificada, para que se lhe atribuam os efeitos de titularidade patrimonial.

Outra coisa ocorre com o discurso do conhecimento, em particular das ciências, mas em certa proporção também na construção da doutrina. Mais do que a singularização, o que é importante neste caso é a ênfase na consistência e coerência do

---

6 LE VAYER, op. cit. « ... malheur au plagiaire s'il y a une trop grande disproportion entre ce qu'il vole, et ce à quoi il le coud. Elle fait juger aux connaisseurs, non seulement qu'il est plagiaire, mais aussi qu'il l'est maladroitement... »

7 MILLER, Dominique, Tous aliénés à la science, Mardi 13 décembre 2011, <http://www.lacanquotidien.fr>, visitado EM 23/1/2012.

8 Santos, Manoel J. Pereira dos, A Questão da Autoria e da Originalidade em Direito de Autor, Direitos Autorais, Saraiva, 2012 (no prelo): "Com efeito, a partir da segunda metade do Século XVIII, cresceu o número de pessoas que poderiam viver da receita de sua produção intelectual e não mais da patronagem que havia sido a regra até então. Portanto, no conceito moderno de autoria, o autor é quem origina uma obra e, por essa razão, tem o direito de explorar economicamente sua criação". Sobre o chamado conceito romântico de autor, vide James Boyle, *Shamans, Software and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Harvard University Press, 1997. Também, Dias, Eduardo Tibau de Vasconcellos, O direito autoral e a noção de autoria, Revista Eletrônica do IBPI - REVEL, no. 4, 2010, p. 188 e seg., encontrado em <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/8a6e575f40fc6c7dffff80acffffefef.pdf>

discurso. Se o físico “A” critica dados ou postulados de um físico “B”, é essencial para os propósitos desse discurso particular que qualquer terceiro possa reconstruir as raízes da crítica e da construção criticada, para refazer o percurso e avaliar se – por exemplo - a própria problemática do objeto estudado justifica o enunciado em questão.

Em suma, nesta perspectiva, o tónus não é a individualização, mas a busca da transindividualidade.

Desta feita, a construção do direito autoral requer individualização do originador, para que se possam atribuir efeitos patrimoniais singulares. O discurso do conhecimento (mas não só ele) tem como pressuposto coisa diversa, que é sua busca de integridade e objetividade. Os dois procedimentos, recorte subjetivante e consistência objetiva, estarão em alguma proporção nessas duas modalidades: o campo da proteção dos direitos autorais, e a prática dos conhecimentos. Mesmo porque tais campos não serão necessariamente excludentes.

Mas em ambos campos a ocultação da origem de uma criação, como veremos, atingirá alguma proporção de ilicitude ou reprovabilidade. É esse teor o nosso objeto de análise.

#### Em parte, um problema de direito

Acabamos de mencionar “a licitude ou reprovabilidade” como nosso objeto de inspeção. A escolha dessas alternativas é proposital. Só em parte a questão do uso de criações alheias para alimentar o espírito próprio é um problema *de direito*.

É o que conta Zara Algardi, talvez o mais citado dos autores nesta matéria de que se trata:

O plágio pode ser apenas uma ofensa moral, ou algo ainda menos grave: a consciência social pode discernir em que apenas uma violação das regras do bom gosto, cortesia e respeito devido a outros autores, ou pode mesmo tolerar isso como uma prática generalizada e aceita. Dentro de certos limites, a lei é indiferente ao plágio. Além desses limites, o plágio constitui um ilícito civil, uma lesão do interesse do autor que o direito reconhece e protege.<sup>9</sup>

Note-se o que suavemente diz Algardi: ocultar a transcrição é uma ofensa (“moral ou menos grave”), objeto de reprovação sempre; a inclusão no campo do direito autoral é que é ocasional. Os autores ressoam o mesmo tema: Pollaud-

---

<sup>9</sup> “Il plagio può costituire un illecito soltanto morale, o qualcosa di ancora meno grave: la coscienza sociale può ravvisare in esso soltanto una violazione delle norme del buon gusto, della cortesia e del riguardo dovuto agli altri autori; essa può addirittura tollerarlo come una consuetudine diffusa e accettata. Entro determinati limiti, il diritto si disinteressa del plagio. Al di là di quei limiti, il plagio costituisce un illecito civile, una lesione di interessi dell'autore che il diritto riconosce e tutela. Nei casi più gravi, il plagio può costituire un reato: contravvenzione se commesso per colpa, delitto se accompagnato dal dolo”. ALGAR-DI, Zara. *Il Plagio Letterario e Il Carattere Creativo Dell'Opera*. Milano – Dotta. A. Giuffrè, 1966, p. 192-199. Como veremos a mesma observação final se poderia fazer em parte, até 2003, quanto ao nosso direito, até a revogação do art.185 do CP.

Dulian diz que há sempre dois graus na indelicadeza ou desonestidade literária - e só uma delas é violação ao direito autoral <sup>10</sup>; Eduardo Lycurgo Leite, num texto recente entre nós, repisa a conclusão <sup>11</sup>.

Já a casuística americana enfatiza que a noção do plágio não seria absolutamente de cunho jurídico, mas só ético, e a ser aplicada pelas autoridades acadêmicas. Mas vale lembrar que aquele sistema jurídico é um contexto em que não se protegem os direitos morais do autor na extensão que se faz entre nós <sup>12</sup>. Pois bem, mesmo lá, ainda que como infração *ética*, o empréstimo de contribuição alheia sem revelação de origem seria objeto da mais elevada de todas as rejeições <sup>13</sup>.

### Em parte, um problema de direito autoral

Como veremos, esse ocultamento pode, em certos casos, dar origem à violação de direitos autorais. Em muitíssimas outras hipóteses, a rejeição virá de normas não jurídicas. De outro lado, a conduta em estudo pode ter repercussões penais e de outra natureza. É o que observa Eliane Abrão <sup>14</sup>:

Não recepcionado pelas leis autorais, e não tendo lei que o defina (*ninguém será obrigado a fazer ou deixar a fazer alguma coisa senão em virtude de lei*), as chamadas imputações de "plágio" acabam por reduzir-se a três hipóteses, uma apenas fundada em direito autoral: a) ou a uma violação de direito moral de autor em virtude de adulteração de obra (que não se confunde com falsa atribuição de autoria, ou usurpação de nome), com base no inciso V, do art. 24 da lei 9.610/98; b) ou a um ilícito civil, equivalente ao instituto da concorrência desleal, com resultados refletidos no direito ao trabalho ou no exercício profissional, com prejuízos demonstrados a partir de umnexo de causa e efeito, fundado no art. 159, do Código

---

10 DULIAN, Poullaud Frédéric. Collection Corpus Droit Privé dirigé, apud MOLFESSIS, Nicolas. Le Droit D'Auteur. Paris : Economica, 2005, p. 718-730. "(...) il y aurait, en quelque sorte, deux degrés dans l'indélicatesse ou la malhonnêteté littéraire ou artistique ». O autor continua : « Renouard relevait déjà en 1839 [RENOUARD, Augustin Charles. Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts.T.2, Paris :Jules Renouard, 1939, p. 22] , que "le plagiat tout répréhensible qu'il est, ne tombe pas sous le coup de la répression de la loi ; il ne motive légalement une action judiciaire que lorsqu'il devient assez grave pour changer de nom et encourir celui de contrefaçon ". Blanc aussi affirmait en 1855 que "le plagiat n'est justiciable que du bon goût ; la contrefaçon est punie par la loi"

11 "O bem máximo atingido pelo plágio é de ordem moral e ética - o que não exclui o dano de ordem patrimonial". LEITE, Eduardo Lycurgo. Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17-36.

12 "Plagiarism, which many people commonly think has to do with copyright, is not in fact a legal doctrine. True plagiarism is an ethical, not a legal offense and is enforceable by academic authorities, not courts. Plagiarism occurs when someone-a hurried student, a neglectful professor, an unscrupulous writer-falsely claims someone else's words, whether copyrighted or not, as his own. Of course, if the plagiarized work is protected by copyright, the unauthorized reproduction is also a copyright infringement". Kindergartners Count, Inc. v. DeMoulin, 249 F. Supp. 2d 1233, 1251-1252 (D. Kan. 2003), quoting Black's Law Dictionary 1170 (7th ed. 1999). Não menos entre nós: "Assim, certamente, o crime de plágio representa o tipo de usurpação intelectual mais repudiado por todos: por sua malícia, sua dissimulação, pela consciente e intencional má-fé do infrator em se apropriar - como se de sua autoria fosse - de obra intelectual (normalmente já consagrada) que sabe não ser sua. Destarte, para que advenha a condenação decorrente do plágio, não pode restar a mínima sombra de dúvida de sua prática efetiva, em toda a malícia e até vilania que tal crime representa." NETTO, José Carlos Costa. Direito Autoral no Brasil. São Paulo: FTD, 2008, p. 319.

13 NIMMER, David. The Moral Imperative against Academic Plagiarism (Without a Moral Right against Reverse Passing Off). 54, Chicago – Illinois: DePaul Law Review, 2004. p. 1-77.

14 ABRÃO, Eliane Y. Direitos de Autor e Direitos Conexos. São Paulo: Brasil, 2002, p. 161-165.

Civil de 1916, ou no art. 186, do Código Civil de 2002; c) ou a uma ação antiética, condenável socialmente, e punível apenas por órgãos corporativos ou de exercício profissional<sup>15</sup>.

Com efeito, o ocultamento da origem alheia de elementos de um produto expressivo ou científico pode configurar – além de eventual violação de direito autoral – prática de concorrência desleal (não só *equivalente*, como quer Eliane Abrão); a casuística o reconhece, quando a conduta se constitui em comportamento inaceitável segundo os parâmetros do mercado pertinente<sup>16</sup>.

De outro lado, e a prática como advogado deste subscritor muitas vezes o fez afirmar, a ocultação da origem de uma contribuição textual pode ser *também* violação de direito administrativo ou trabalhista, através de uso de subterfúgios para obter vitória em concursos<sup>17</sup>, ou modificações no estatuto laboral, tentando demonstrar habilidades ou talentos que não são os do pretense beneficiário.

### A simples ocultação e os muitos disfarces

Até agora não escolhemos uma denominação que resumisse essa conduta que se estuda: o ocultamento da origem *alheia* de uma produção que se apresenta como *própria*. Mas já se viu das citações acima que muito se utiliza a expressão “plágio” para designar a hipótese<sup>18</sup>. Em direito e no uso social, *plágio* é expressão de sentido impreciso, ainda que sempre de conotação negativa. Uma razão para essa imprecisão é que são raras as normas legais que definem o que é plágio<sup>19</sup>.

---

15 Em outro estudo, diz a mesma autora: "Sobre este último, observe-se que não tem definição em leis nacionais, nem em leis internacionais, e é recepcionado pela jurisprudência pátria ora como concorrência ilícita (TJRJ, Ap.Civ 1992.001.05632, 4.ª Câmara. Civ. j. 07.04.1993, v.u.; TJRJ, Ap.Civ 1992.001.02676, 4.ª Câmara. Civ., j. 01.04.1993, m.v.; TJSP, Ap. Civ 70.114-4, 2.ª Câmara de Direito Privado, j. 13.04.1999, v.u.; TJSP, Ap. Civ 204.743, 4.ª Câmara. Civ., j. 09.11.1972, v.u.), ora como contrafação (TJRJ, Ap. Civ 1991.001.00612, 8.ª Câmara. Civ., j. 16.08.1994, m.v.). Os mesmos tribunais também rejeitam sua juridicidade seja porque a semelhança não configura violação (TJRJ, Ap. Civ 1994.001.04864, 7.ª Câmara. Civ., j. 29.11.1994, v.u.), sejam porque se tem como mera imitação de ideia (TJRJ, Ap. Civ 1999.001.06956, 7.ª Câmara. Civ., j. 30.06.1999, m.v.). Como se vê, plágio, além de não ter definição legal, não é uma constituição jurisprudencial pacífica. Acaba sendo tratado ou como violação aos direitos morais do criador, por infração ao art. 24, V, da Lei 9.610/1998; ou como ato de concorrência desleal por infração ao art. 186 do CC/2002 (LGL\2002\400), ou como uma infração ética." ABRÃO, op. cit. Direitos autorais: conceito, violações e prova. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. vol. 27, p. 107, Jan / 2011, DTR\2011\1907.

16 BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. "Havendo semelhança na grafia, fonética e significados dos nomes atribuídos aos estabelecimentos das escolas de idiomas e tendo sido comprovado por laudo pericial que houve plágio do material didático produzido pela embargante, configurada ficou a prática de concorrência desleal, que se concretizam quando os atos praticados por um ou mais empresários atentam contra a moralidade e são tendentes a confundir os consumidores." Embargos Infringentes 90201-4/02, III Grupo de Câmaras Cíveis, Des. Antonio Lopes de Noronha, 06/02/2003.

17 A perenidade dessa questão em particular no direito e pragmática brasileira é ilustrada pelo texto de LIMA, Alcides de Mendonça, Nos bastidores dos concursos universitários, Revista de Processo | vol. 20 | p. 195 | Out / 1980 | DTR\1980\48.

18 Note-se que, em sintonia com a origem etimológica da palavra, reserva-se a expressão “plágio” para o crime do art. 149 do CP, redução à condição análoga a de escravo.

19 Uma rara exceção é a lei da Armênia: "Article 65. Actions Considered to be Infringement of Copyright and Related Rights – (...) (4) Compilation of extracts, ideas from other works without creative adaptation and without mentioning of the source and appropriation of it or submission of the whole work by his name shall be considered to be plagiarism." (Lei de Direitos Autorais da Armênia de 2006).

Para muitos, o que caracteriza o plágio, pelo menos no âmbito do direito autoral, é a precisamente a ocultação da origem do elemento emprestado, ou, olhando-se do outro lado da conduta, a simulação da originalidade<sup>20</sup>; preferimos usar para tais propósitos outra palavra: *originação*<sup>21</sup>.

Imputa-se como próprio o que é alheio, seja simplesmente ocultando quem realmente está na origem da criação emprestada, seja elaborando o empréstimo com miríades de disfarces e enublamentos. Essa é nossa aceção de plágio<sup>22</sup>: *é a ocultação da origem alheia de um elemento da produção que se apresenta como própria*.

Fica claro, assim, que ao escolhermos a expressão “plágio” para denotar o ocultamento do *sujeito* originador da criação intelectual, adotamos uma estratégia de análise pertinente ao nosso presente estudo: o que nos concerne aqui é o enobramento da relação de originação<sup>23</sup>.

Outros autores, e dos mais ilustres, não se contentam com essa noção. José Oliveira Ascensão, para não precisar ir além, entende que plágio "não é cópia servil; é mais insidioso, porque se apodera da essência criadora da obra sob veste ou

---

20 “Il plagio potrebbe adunque definirsi come la « simulazione della originarietà della creazione intellettuale in opera derivata in tutto o in parte - attraverso la conoscenza e mediante la riproduzione o la elaborazione (...) - dall'opera, o da elemento creativo dell'opera tutelabile di altro autore ». ALGARDI. op. cit., loc. cit.

21 Originalidade é palavra de muitas acepções em direito, e especialmente no campo da propriedade intelectual. Não é pertinente discutir neste passo essa polissemia, mas nos ateremos abaixo a uma dessas possibilidades terminológicas, ao indicar como “originalidade” à modalidade própria ao direito autoral (e, pelo menos, aos desenhos industriais) do requisito geral deste ramo do direito que prefere denominar como “contributo mínimo”. Vide: BARBOSA, Denis Borges, Do Requisito de Originalidade nos Desenhos Industriais. Revista da ABPI, v. 106, 2010, p. 3-28.

22 Antonio Chaves, em dois pareceres sobre plágio, um dos quais exatamente no contexto de obra tributária, aparenta subcrever essa posição de que plágio seria a ocultação de origem. CHAVES, Antônio. Direito de autor - contrafação - plágio - sanção. Revista Forense, v. 236, Pareceres, p. 50; CHAVES, op.cit. Plágio - obras musicais - sentença que proclama plagiador o plagiado. Revista Forense, v. 320, Pareceres, p. 45. Em outro texto ainda, o autor define: “o plágio consiste em fazer passar como próprias idéias alheias” (...) (CHAVES, op. cit., loc.cit.. Plágio. Revista de Informação Legislativa, Brasília. a. 20, n° 77, p. 403-424, jan./mar, 1983.). Mas o mesmo autor também indica outras acepções para mesma expressão. Num trecho coonestado pelo Acórdão da AC 70021205489 do TJRS, um dos leading cases do assunto em análise: "Quando se dá não apenas a falta de autorização do titular, mas também a apropriação da obra de outra pessoa como sua, a figura que se caracteriza é o plágio, que significa a apropriação indevida, ou o furto, do trabalho intelectual. Diz respeito mais à paternidade da obra, já que se funda na usurpação, atribuindo alguém a si a autoria de uma obra, ou parte dela, através da cópia pura e simples, ou disfarçadamente, com mudança de algumas palavras. Mas envolve o direito de publicidade, quando se consuma o plágio." RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil: Lei n.º 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 832. Num mesmo sentido, diz o acórdão: "O plágio consiste na reprodução total ou, mais amiúde, na reprodução parcial e frequentemente camuflada dos elementos criativos de uma obra alheia, acompanhada da usurpação de paternidade. A legislação italiana [tal como a lei brasileira que regula os direitos de autor] não utiliza a palavra 'plágio', mas somente a abusiva utilização de uma obra alheia com usurpação da paternidade (Enciclopedia del Diritto, v. IV, op. cit., p.417)." TJRS, AC 70021205489, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Des. Odone Sanguiné, 21 de novembro de 2007.

23 Não deixará de haver quem note que nossa escolha do que seja relevante à análise do plágio parece render demasiada homenagem ao mito da autoria romântica, mesmo passadas quatro décadas do discurso de Foucault. Não o negamos. Mas, ao tentar unificar num único eixo a questão do discurso do cientista, do doutrinador em Direito e do autor de romance, para os fins específicos deste estudo, a ênfase no ocultamento do texto derrotaria nossos propósitos, por mais fascinante que seja este percurso crítico em face do subjetivo.

forma diferente"<sup>24</sup>. No que aparenta ser sua convicção mais corrente, o mesmo autor distingue claramente a simples ocultação de origem, que seria usurpação<sup>25</sup>, do plágio – esse sempre elaborado e dissimulado<sup>26</sup>. No mesmo sentido, Karin Grau-Kuntz:

Plágio, como dito acima, implica necessariamente no elemento de dissimulação da cópia. Se a cópia for servil, ou seja, *ipsis litteris* do texto original, então não há plágio, posto que falta o elemento dissimulação. Nesses casos, onde não há dissimulação, o termo correto é usurpação de autoria.<sup>27</sup>

Assim também Manoel J. Pereira dos Santos:

O plágio, por outro lado, consiste no aproveitamento indireto da obra preexistente mediante a utilização de elementos originais desta, evidentemente com a inserção de elementos pessoais do autor da nova obra. Como adverte Zara Algardi, não há uma definição legal de plágio de maneira que a distinção entre a contrafação parcial e o plágio resulta da construção doutrinária e jurisprudencial. O que o caracteriza, do ponto de vista objetivo, é o emprego do meio ardiloso, porque o plagiador apropria-se da essência criativa da obra alheia sob a forma de uma obra nova. Assim sendo, procede à afirmação de Hermano Duval de que a “semelhança de tratamento da forma de composição de duas obras em confronto é a chave da detecção do plágio<sup>28</sup>.”

---

24 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e direitos conexos. Portugal: Coimbra, 1992, p. 65. Posteriormente, o mesmo autor introduz uma pequena variação: “Plágio não é cópia servil; é mais insidioso, porque se apodera da essência criadora da obra sob veste ou forma diferente. Por isso se distinguem a usurpação e a contrafação. Na usurpação apresenta-se sob o próprio nome a obra alheia. A contrafação permitiria já abranger os casos em que a obra não é simplesmente reproduzida, mas retocada, de maneira a parecer obra nova.(...) O plágio só surge quando a própria estruturação ou apresentação do tema é aproveitada”. ASCENSÃO, op. cit.. Direito Autoral. 2º ed. Refundida e Ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.34-36.

25 Em parecer manuscrito de agosto de 2011, o autor faz clara esta distinção. "As categorias que nos parecem impõem-se, segundo o sentido próprio das palavras, são:- Contrafação - Usurpação - Plágio. A contrafação consiste na utilização indevida de obra alheia. Seja o caso da edição não autorizada de obra alheia, todavia sob o nome do autor. É a figura mais frequente de violação. A usurpação, no que nos parece ser o sentido mais útil, consiste em apresentar como próprio o que é alheio. Há uma apropriação de obra alheia, que deste modo é usurpada. O plágio, ainda que historicamente possa ter revestido um sentido amplo, ganhou progressivamente um acento mais específico, que nos parece o mais útil. O plágio nem é qualquer violação nem a usurpação de obra alheia puramente reproduzida. É o processo mais insidioso de se apoderar da obra alheia, que é retocada de maneira a poder sustentar-se que é obra diferente da plagiada. Na fórmula de Hermenegildo Baylos Corroza, "a obra original é submetida a um hábil processo de deformação, em virtude do qual o imitador introduz modificações, muda aspectos formais, substitui parcialmente expressões ou cenas por outros equivalentes ou semelhantes, conseguindo de este modo fazer passar como próprios, sob uma apresentação formal distinta, os valores estéticos ou intelectuais de uma obra alheia" [Tradução nossa. Apenas observamos que o "conseguindo" dá uma ideia errada, pois o essencial não é o êxito do plagiador, é a sua tentativa de fazer passar como original o que é imitado]”.

26 Do mesmo parecer: "Salientamos um estudo recente de GRAU-KUNTZ, Karin. Jurisprudência Comentada. Sobre Plágio (ou sobre o nó górdio do Direito de Autor). Revista ABPI. nº 99, mar/abr. 2009, p.48-52. Veja-se também, mas com muito menor clareza, COLLA, Daniela Câmara. O plágio na obra lítero-musical, Revista ABPI, nº 105, mai/abr. 2010, p.54-59 a um Acórdão, aliás, também valioso, do TJRS (De 27 XI. 07, publicado na mesma revista). O estudo é muito fundado. A formação do conceito de plágio e o seu âmbito surgem nítidos. É elemento essencial do plágio a dissimulação: apontam-se autores que expressamente o afirmam, como António Chaves. “Distingue-se a ideia, a estrutura e a expressão, mas marca-se claramente a exclusão da ideia; enquanto que quer a estrutura quer a expressão podem ser objeto de plágio, entendido sempre como o ato de ocultar com astúcia a utilização de obra alheia.”

27 GRAU-KUNTZ, Karin. op. cit. p. 47-52.

28 SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Proteção Autoral de Programas de Computador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Ascensão, Grau-Kuntz e Pereira dos Santos tratam assim da ocultação *da criação intelectual*, ou seja, do que poderia ser designado como *plágio objetivo*; e só secundariamente do seu originador.

Segundo nosso plano de análise, a elaboração que oculta à criação é apenas uma modalidade do ato essencial de ocultar; a cópia servil de elemento alheio, sem atribuição, já é ofensa. Quando se borda e tece, quando se tomam os elementos estruturais de terceiros para fazer construções de forma própria, se está basicamente velando a origem, com mais ou menos esforço para ocultar o ocultamento; mas se se encontra sempre o encoberto por trás das rendas e veludos têm-se a mesma ofensa<sup>29</sup>. Desta forma, esta modalidade mais requintada abrange o mesmo fato (a ofensa ao dever de imputar à origem correta), apenas reclamando meios de prova mais sofisticados, e explorando em particular as noções de violação da *forma interna*, ou de *plágio virtual*<sup>30</sup>.

Hermano Duval, de outro lado, toma por vezes uma acepção inteiramente antípoda do que seja plágio, para entender que o é “a perda da substância econômica da obra e onde ela não ocorrer não haverá plágio por falta do interesse de agir”<sup>31</sup>. Assim, outros doutrinadores, que citam Duval para definir esta noção, especialmente quanto ao consagrado teste que ele elaborou, estarão, possivelmente, tomando caminho diverso do que escolhemos.

## A origem de uma criação e sua importância

Como já dissemos, nosso tema é o da ocultação da origem *subjetiva* de uma criação como algo social e, por vezes, juridicamente reprovável. Assim, importante definir essa relação de originação. Fizemos isso em nosso Tratado<sup>32</sup>:

---

29 Sempre ALGARDI, op. cit., loc. cit.: “La proporzione tra l' opera, o la parte di opera plagiara, e quella plagiaria, potrà determinare la gravità del plagio, la sua stessa rilevanza giuridica, ma non la sua sussistenza. E poichè l'opera è tutelabile in ogni sua parte, in ogni suo « elemento costruttivo », in ogni suo aspetto creativo, il plagio corrispondentemente sussiste anche al di là della usurpazione della individualità organica dell'opera originaria”

30 As duas noções não são coincidentes. A segunda, que tem certa acolhida na casuística, deve-se a GANDELMAN. Henrique. O que é Plágio?. Revista ABPI, nº 75, mar/abr, 2005, p.36-45. “A cópia servil, isto é, aquela obra que se limita a reproduzir integralmente o texto de outra, é um plágio material, facilmente identificado. Já o plágio virtual (ou ideológico), que tenta utilizar e explorar o talento e o labor intelectual alheio, é de identificação complexa, requerendo uma perícia competente.”

31 DUVAL, Hermano. Violações dos Direitos Autorais. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p.10-13; 46-54; 99-122; 213-221 e 285-287. Ao que entendemos, não haverá interesse de agir no tocante a pretensão como ofensa aos direitos patrimoniais autorais. Na verdade, o autor diferencia: “a) igualdade de forma de expressão = contrafação total ou parcial; b) semelhança de tratamento sob a mesma forma de expressão = plágio; c) semelhança de tratamento sob diversa forma de expressão = plágio ou adaptação; e d) semelhança de tratamento e de forma de expressão por força do assunto tratado = obra nova independente”, p. 122 do seu livro.

32 BARBOSA, op. cit.. Tratado da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.I, cap. I, [4] § 1. 2. - Os pressupostos da criação intelectual: originador e criação, 2010.

“Originador”<sup>33</sup>, assim, é uma função específica em Propriedade Intelectual<sup>34</sup>, definindo-se como a fonte de uma criação intelectual: individual, coletiva, ou virtual. O autor individual, em particular das “criações do espírito” – o James Joyce de “Os Dublinenses”; o inventor – ou melhor, o autor da invenção; o “melhorista” do cultivar; o originador coletivo e talvez inidentificável das indicações geográficas; sucedendo-se ao originador nominal, mas também originando, a coletividade inteira, na criação do conteúdo das marcas<sup>35</sup>.

Em suma, a função de “originação” pode ser descrita, para nossos propósitos presentes, como a relação entre a fonte a qual o direito imputa uma criação específica, e essa criação. Muitas vezes, essa imputação resulta na atribuição de titularidade de direitos àquela fonte – se ela é personalizada e capaz de adquirir direitos. Mas nem sempre isso se dá: em muitos outros casos a relação com o originador é um *requisito de legitimação* para a aquisição de uma titularidade por terceiros: por exemplo, no caso de uma invenção realizada por empregado contratado (inventor) pela pessoa jurídica (titular) precisamente para a pesquisa que levou à criação.

Os diferentes subsistemas da Propriedade Intelectual conferem assim distintas consequências à autoria (ou como preferimos originação). Em todos eles, essa função é crucial: a exclusividade de uma obra literária é atribuída, no direito brasileiro vigente, primariamente ao seu autor; a denominação de origem é privativa daquela coletividade, geograficamente delimitada, cuja tradição ou engenho gerou a imagem de qualidade que se protege.

O que se *origina*, neste processo?

Para os fins de nosso estudo, é a “criação intelectual”. Um corpo de conhecimentos tecnológicos, ou texto literário, musical ou científico, ou um desempenho de intérprete suscetível de fixação, ou um artefato (escultura, quadro...). Algo que, sempre intelectual (pois distinto de qualquer materialização), seja:

- a) destacado do seu originador, por ser *objetivo*, e não exclusivamente contido em sua subjetividade;
- b) tendo uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante.

---

33 [Nota do original] Muito se tem objetado à expressão “criador” no tocante às marcas. “Originador” da marca seria muito mais adequada do que criador ou ocupante; é um termo correntemente utilizado, neste contexto, na língua inglesa. Vide aqui FARIA CORREA, José Antonio B.L. A dimensão plurissensorial das marcas: a proteção da marca sonora na lei brasileira. Revista ABPI, nº 69, mar/abr, 2004, p. 19: “Se é verdade que a doutrina vê, na maioria dos casos, o direito à marca como um direito de ocupação, verdade é, também, que, independentemente das hipóteses de pura criação intelectual (marcas inventadas pelo titular) a própria ocupação de sinal disponível para a designação de determinados bens ou serviços já constitui uma inovação semiológica, um uso particular do signo, dentro do qual se derrama novo conteúdo, diverso daquele convencionado, até então, pela cultura”.

34 [Nota do original] É uma função, e não só em Propriedade Intelectual. Vide: FOUCAULT, Michel. “Qu’est-ce qu’un auteur?”. In: Dits et écrits, op. cit., Gallimard, vol. I, p. 789-821.

35 [Nota do original] Alex Kozinski, Judge, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Trademarks Unplugged, New York University Law Review, October 1993, 68 N.Y.U.L. Rev. 960. “The originator of a trademark or logo cannot simply assert, ‘It’s mine, I own it, and you have to pay for it any time you use it.’ Words and images do not worm their way into our discourse by accident; they’re generally thrust there by well-orchestrated campaigns intended to burn them into our collective consciousness. Having embarked on that endeavor, the originator of the symbol necessarily - and justly - must give up some measure of control. The originator must understand that the mark or symbol or image is no longer entirely its own, and that in some sense it also belongs to all those other minds who have received and integrated it. This does not imply a total loss of control, however, only that the public’s right to make use of the word or image must be considered in the balance as we decide what rights the owner is entitled to assert”.

Assim, toda criação intelectual <sup>36</sup> – *criação*, pois distinta do simples aporte laboral inespecífico <sup>37</sup> – deflagra uma série de consequências jurídicas, não necessariamente no campo do direito autoral, e não necessariamente de ordem patrimonial.

### A imputação ao originador

É nosso entendimento que quem cria, em qualquer campo ou forma, deve ter sua intervenção reconhecida pela imputação necessária do ato inaugural ao originador <sup>38</sup>. Singular ou coletiva, autor de obra certa ou comunidade a quem se deve a construção imemorial, essa *ação humana* <sup>39</sup> inaugural será vinculada à coisa criada

40

---

36 Adotei anteriormente a expressão “criação intelectual”, pois que carrega em si algum encanto pelo que Levy Strauss (LE-VY-STRAUSS, Claude. *La Pensée Sauvage*. Plon, 1962, p. 35-37) identificava como a simulação humana de um ato demiúrgico. Assim diz o autor: “Mais le modèle réduit possède un attribut supplémentaire: il est construit, « man made », et, qui plus est, « fait à la main ». Il n'est donc pas une simple projection, un homologue passif de l'objet: il constitue une véritable expérience sur l'objet. (...) L'émotion esthétique provient de cette union instituée au sein d'une chose créée par l'homme, donc aussi virtuellement par le spectateur qui en découvre la possibilité à travers l'oeuvre d'art, entre l'ordre de la structure et l'ordre de l'événement.” « Refletindo agora as questões do discurso científico em face do imperativo de atribuição, pareceria mais adequado denominar esse fenômeno de ‘contribuição intelectual.’”

37 Essa distinção entre “criação” e o simples esforço, investimento, ou trabalho, reaparecerá especificamente no campo dos direitos autorais sob a noção de originalidade. Ilustra a distinção entre o aporte laboral (a que sempre se pode reconhecer a dedicação, mas sem a atribuição cogente que aqui se advoga) acórdão do TRF5: “Criação do espírito, como criação intelectual, que configura obra intelectual protegida, “é uma ideia formal” (é conteúdo e forma), original ou inovadora, marcada pela criatividade (e, segundo a tradição, pela individualidade). O caráter criativo se verifica pela singularidade, pela existência da “marca pessoal” do autor. Por isso se diz que, “quando se passa da criação para a descrição, quando há descoberta e não inovação, quando é o objeto que comanda em vez de o papel predominante ser o da visão do autor – saímos do âmbito da tutela”. Já a individualidade ou personalidade tem sido critério de caracterização substituído (passando a integrar o elemento da criatividade), nos últimos tempos, pela ideia de “espaço em branco em que ocorresse uma criação”, de modo que “o que resultasse de condicionamentos técnicos não seria uma obra”. Em síntese, tem-se, como “fundamento de atribuição do Direito do Autor”: “um novo elemento, que não constava do quadro de referências objetivas da comunidade, não se apresentava como óbvio nem se reduz a uma aplicação unívoca de critérios preestabelecidos, foi introduzido por um ato criativo” (ASCENSÃO, op. cit. loc. cit., p. 30-52). (...) No caso concreto, é evidente que o objeto preponderou sobre a personalidade da autora, não estando corporificada “obra intelectual protegida”. A autora foi procurada pelos responsáveis pelo Projeto de Resgate da Documentação Histórica sobre o Brasil Colônia, dos Ministérios da Cultura e das Relações Exteriores, inclusive com consulta sobre a possibilidade de utilização do inventário por ela realizado, ao que não se opôs, tendo o seu nome constado expressamente no catálogo publicado, a título de apoio, bem como no prefácio e na apresentação, como uma das pioneiras no levantamento dos documentos em questão. Tanto o inventário, quanto o catálogo, consistiram no arrolamento e na especificação de documentos do período de 1618-1823 existentes em caixas disponibilizadas no Arquivo Histórico Ultramarino de Lisboa-Portugal – a dizer, dados de domínio público –, distinguindo-se por não trazerem o mesmo conteúdo, embora parte das referências seja relativa aos mesmos documentos (o que não poderia ser diferente, já que se está tratando de levantamento do mesmo acervo documental alusivo ao Brasil Colônia), mas com redações diferentes, ao passo que a outra parte da relação concerne a novos documentos (mais de trezentos), não consultados pela autora quando elaborou seu inventário, mas analisados pelos novos estudiosos que se debruçaram, inclusive para efeitos atualizadores, sobre o patrimônio documental em questão. “Sobre a forma, a adoção de uma ordem cronológica para a apresentação dos documentos e de um índice por ordem alfabética concerne à opção metodológica ampla e recorrentemente utilizada, seja no antanho, seja hodiernamente, além do que os documentos foram referenciados, no trabalho publicado, segundo padrões de catalogação preestabelecidos, sem margem de liberdade.” TRF4, AC 410209 CE (2000.81.00.000828-6), Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, JFC Francisco Cavalcanti, 08 de novembro de 2007.

38 Muito do que se lê a seguir reelabora material publicado em BARBOSA, op. cit., loc. cit.. O que o direito tem a ver com a criação, in WACHOWICZ, Marcos, (org.). *Propriedade Intelectual e Internet*, v. II, Curitiba: Juruá, 2011.

39 “No entanto, a intervenção direta do homem alterando o estado da natureza não é requisito objetivo de patenteabilidade, i.e, a intervenção humana não é requisito de invento, e sim de apropriação. Se há uma solução técnica para um problema técnico, (presença do contributo mínimo de uma atividade inventiva e de aplicabilidade industrial), mas não houve ato de autoria da solução, simplesmente os efeitos patrimoniais da invenção não poderão ser atribuíveis àqueles que se arroga inventor. PLAZA,

Assim é que em nada lesa o direito, e em tudo o prestigia, quem aponta em uma descoberta quem a fez; quem honra o cirurgião, que precisou um novo método de curar, designando-o com seu nome; quem aponta de uma receita gastronômica o seu inventor. Operando fora de qualquer exclusiva ou efeito patrimonial, o Tratado de Genebra de Registro de Descobertas Científicas cuida apenas dessa imputação<sup>41</sup>.

Assim, a criação em geral – e no criar se presume aqui um *quid novum* que será abaixo discutido – deflagra-se automaticamente uma pretensão: a de que se impute ao criador a coisa criada.

Pode-se entrever na própria tessitura da dignidade humana o dever de atribuir a um originador essa contribuição; mas se verá com muito mais robustez a busca da *autoridade* (não da *autoria*) e o dever da sindicabilidade do conhecimento<sup>42</sup>. Um tributo, pessoal e indiretamente econômico, ao desbravamento daquele que origina o *novus*, mas igual ou talvez, maiormente uma imputação de responsabilidade pela veracidade ou coerência dos achados. Interesses pessoais e coletivos, simultaneamente dispostos e talvez inseparáveis.

---

Charlene de Ávila. Interface dos direitos protetivos em propriedade intelectual: patentes e cultivares. Revista da ABPI n. 112, maio/junho 2011, p. 42.

40 Numa perspectiva semiológica, o plágio poderia ser definido como "prática do silenciamento, ou seja, é um apagamento do percurso da autoria do texto original" segundo OLIVEIRA, Marta Melo de. Plágio na Constituição de Autoria - Análise da produção acadêmica de resenhas e resumos publicados na internet, 2007. 150f. Dissertação apresentada à Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Letras - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007. Disponível em: [http://mx.mackenzie.com.br/lede/tde\\_busca/arquivo.php?codarquivo=289](http://mx.mackenzie.com.br/lede/tde_busca/arquivo.php?codarquivo=289). Acesso em: 19/01/2012.

41 "Scientific discoveries, the remaining area mentioned in the WIPO Convention, are not the same as inventions. The Geneva Treaty on the International Recording of Scientific Discoveries (1978) defines a scientific discovery as "the recognition of phenomena, properties or laws of the material universe not hitherto recognized and capable of verification" (Article 1(1) (i)). Inventions are new solutions to specific technical problems. Such solutions must, naturally, rely on the properties or laws of the material universe (otherwise they could not be materially or "technically" applied), but those properties or laws need not be properties or laws "not hitherto recognized." An invention puts to new use, to new technical use, the said properties or laws, whether they are recognized ("discovered") simultaneously with the making of the invention or whether they were already recognized ("discovered") before, and independently of, the invention". Encontrado em <http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/pdf/ch1.pdf>, visitado em 15/3/2011. Vide Friedrich-Karl Beier & Joseph Straus, Der Schutz Wissenschaftlicher Forschungsergebnisse: Wugleich eine Würdigung des Genfer Vertrages über die Internationale Eintragung Wissenschaftlicher Entdeckungen (1982) (F.R.G).

42 Como nota BIAGIOLO, Mario; GALISON, Peter. Scientific Authorship, Introduction, Routledge, 2003: "For instance, most discussions of scientific authorship have not shared many questions or tools with other kinds of authorship studies. To the extent that history of science and science studies have taken up the question of authorship, it has largely been to reduce the function of authorship to the construction of authority: Whose word counts in presenting scientific results? How does this authority shape the conduct and resolution of scientific disputes? In this sense, a science study has asked questions that are comparable to those posed by literary studies when it analyzes the construction of the authorial voice. For example, how does it come to pass that the voice of a given author becomes authoritative, and how do his or her works enter or fail to enter the canon? Unlike science studies, however, a literary study has not stopped here. That is, it has not limited itself to looking at specific instances of the textual and social construction of specific authors and their auras, but has asked more fundamental questions about the very institution of authorship, how it came about, the aporias that underlie it, the economy it supports, and the legal constructs invoked to justify it. Similarly, legal studies has not simply looked at the contextual and sociopolitical factors behind the closure of certain debates about intellectual property rights, the adjudication of specific patent or copyright infringement cases, or the disputes concerning the extension of intellectual property to new objects such as DNA sequences or computer algorithms. While doing all that, legal studies has also pointed to and analyzed the unresolvable tensions within the logic of intellectual property law and of its constitutive elements, such as the figure of the author."

Assim, como regra, a simples *criação*, desde que expressa ou fixada (ou seja, objetivada), pode deflagrar um conjunto de consequências jurídicas. Como já se afirmou acima, é essa criação objetiva e autônoma <sup>43</sup>, capaz de deflagrar seja um direito de exclusiva, sejam outras consequências jurídicas diferentes de um direito de exclusiva, que se constitui em uma criação intelectual.

Falamos em capacidade dessa criação deflagrar direito de exclusiva ou não. Vale aqui a interessante observação de Richard Posner <sup>44</sup>: contrafação e plágio se distinguem: pode haver plágio de obra em domínio público. Essa indicação direciona o pensamento: plágio é uma lesão à relação entre a criação e seu originador, relação essa que não se resume à vigência ou existência da exclusiva.

A *atribuição* <sup>45</sup> – o ato de nomeação ou paternidade de uma criação ao seu originador <sup>46</sup> – é o resultado desse ato de imputação, que tem em particular enormes

---

43 Autônoma, no sentido do que anteriormente se pôs como exigência da existência de criação intelectual: “tendo uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante”. Isso se ilustra no tocante a uma pergunta que me foi feita: há direito autoral sobre a própria assinatura? Respondi que entendo que a assinatura, com ser expressão personalíssima, com inclusive vinculação juridicamente necessária à pessoa, não pode ser obra. A mesma questão da assinatura perante o direito autoral é analisada de forma inteiramente diversa em GRAU-KUNTZ, op. cit. Domínio Público e Direito de Autor, manuscrito em poder do subscritor, 13/9/2010.

44 “We must distinguish in the first place between a plagiarist and a copyright infringer. They are both copycats, but the latter is trying to appropriate revenues generated by property that belongs to someone else—namely, the holder of the copyright on the work that the infringer has copied. A pirated edition of a current best seller is a good example of copyright infringement. There is no copyright infringement, however, if the “stolen” intellectual property is in the public domain (in which case it is not property at all), or if the purpose is not appropriation of the copyright holder’s revenue”. POSNER, Richard A.. On Plagiarism - In the wake of recent scandals some distinctions are in order. Disponível em [http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/outros\\_autores/on\\_plagiarism.doc](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/outros_autores/on_plagiarism.doc). (Por permissão do autor). O mesmo se encontra em POSNER, op. cit. The Little Book of Plagiarism, Pantheon Books, 2007.

45 Utilizamos neste estudo as expressões “atribuição” e “imputação” (e sua várias formas) como de igual carga semântica, sem nenhuma conotação de culpa ou responsabilidade (carga essa que emprega Proust em *Jeunes Filles en Fleurs*, “Ces vices ne prouvaient pas cependant, à supposer qu'on les imputât justement à Bergotte, que sa littérature fût mensongère”). Antes, utilizamos a expressão na segunda das acepções que registra Houaiss (HOUAISS A, VILLAR M de S, FRANCO FM de. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva; 2001): “considerar (alguém ou algo) causador, autor ou possuidor de (algo); atribuir, aplicar”; como no Digesto. “35, 2, 91” “In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae condicionis causa accipit: nam haec in quartam non imputantur.” (Disponível em: <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/index.htm>. Acesso em 14/1/2012.). Ou, voltando a Proust, o que se usa no outro texto que tomamos por epígrafe: “Sa personnalité sociale, si incertaine, me devint claire aussitôt quand je sus son nom, comme quand, après avoir peiné sur une devinette, on apprend enfin le mot qui rend clair tout ce qui était resté obscur et qui, pour les personnes, est le nom.” PROUST, op. cit., p. 197.

46 A distinção entre as duas noções não é sempre clara. Henrique Duval propõe uma diferença: “Direito ao nome é a prerrogativa que tem o autor de ser reconhecido como o autor da obra. Modalidade fundamental do direito moral do autor, onde se converte na figura do direito à paternidade da obra, isto é, no direito de publicar a obra sob seu nome [H. DUVAL, Verbetes “Direito à paternidade da obra” no Rep. Enc. Dto. Bras., vol. 16, p. 381]. DUVAL, op.cit.. Violações dos Direitos Autorais. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968. p. 99-122. A lei autoral menciona nominalmente o direito de paternidade: “Art. 92. Aos intérpretes cabem os direitos morais de integridade e paternidade de suas interpretações (...)”. No entanto, o art. 24 distingue entre os direitos o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra e o poder correlativo de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra. Assim, há que se distinguir o simples direito de nomeação, positivo ou negativo (o do anonimato ou pseudônimo), do direito reivindicar a atribuição da obra, ou de denegá-la, como no caso dos arquitetos cujo projeto é desfigurado.

repercussões em Propriedade Intelectual <sup>47</sup>, mesmo nos sistemas onde inexistente um direito “moral” correspondente <sup>48</sup>. Na verdade, é uma situação de direito que precede, e transcende, todas exclusivas <sup>49</sup>.

### Do D1 ao D3

Voltemos nossa atenção, momentaneamente, às hipóteses em que a criação intelectual venha a ter consagração de uma exclusiva: patente, marca, criação expressiva de cunho autoral.

Entre a criação e a exclusiva existem diversas fases de inclusão no espaço jurídico. No tocante às patentes - por exemplo -, nota Marissol Gomez Rodrigues <sup>50</sup>, valendo-se de uma noção bastante conhecida de Pontes de Miranda <sup>51</sup>:

Nessa configuração, do direito constitucional de pedir patente, abreviado por D1, exsurge o direito ao pedido de patente, abreviado por D2, e o direito ao privilégio da patente, abreviado por D3. As abreviações D1(=direito de pedir patente), D2 (=direito ao pedido de patente) e D3 (=direito à patente) se prestam a facilitar a abordagem neste estudo.

Observe-se que o direito à exclusiva da patente (D3) decorre do direito formativo gerador de pedir patente (D1), nos termos do disposto no art. 6º da LPI, o qual é outorgado ao autor de invenção ou modelo de utilidade, garantindo-lhe a propriedade (D3). O direito de pedir patente

---

47 Vide HEYMANN, Laura A.. Naming, Identity, and Trademark Law (February 14, 2011). Indiana Law Journal, v. 86, n.º 2, 2011; William & Mary Law School Research Paper n.º 09-74. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1761614>; “As the process of creation in the age of digital media becomes more fluid, one pervasive theme has been the desire for attribution: from the creator’s perspective, to receive credit for what one does (and to have credit not falsely attributed) and from the audience’s perspective, to understand the source of material with which one engages”.

48 FISK, Catherine L..The Role of Private Intellectual Property Rights in Markets for Labor and Ideas: Screen Credit and the Writers Guild of America, 1938-2000 (May 24, 2011). Berkeley Journal of Employment and Labor Law, v. 32, 2011; UC Irvine School of Law Research Paper, n.º 17, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1851645> estuda uma situação interessante: a dos créditos nos filmes americanos, atribuição que resulta de reivindicação sindical, e não da lei: “Screen credit is one of the very few forms of intellectual property in the modern economy that is designed by workers for workers and without the involvement of the corporations that control most intellectual property policy. Based on research in the archives of the Writers Guild not available to the public, this article argues that the Guild survived conditions that might lead to de-unionization because of the value it provides writers and employers in managing markets for labor and ideas. In particular, the Writers Guild administers two private intellectual property rights systems – the screen credit system and the script registry – that facilitate transactions between writers and producers. The experience of the Guild suggests that under the right circumstances unions can support innovation by creative private intellectual property rights systems to address structural problems in labor markets for talented short-term workers and the start-up enterprises that hire them.”

49 GRAU-KUNTZ, op.cit.. Fundamentos do Direito de Autor, manuscrito em poder do subscritor: “Não se questiona, por exemplo, negar ao autor sua legitimação de paternidade com sua obra. A *Ilíada* de um Homero que não se sabe se de fato existiu é a *Ilíada* de Homero, sempre foi e sempre o será.”

50 RODRIGUES, Marissol Gomez. Da Ação de Adjudicação de Patente como ferramenta reivindicatória do usurpado. 2009. Dissertação de Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação. Academia da Propriedade Intelectual e Inovação, Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 2009. Publicado em BARBOSA, Denis Borges (Org.); SCHIMIDT, Lélío Denicoli (Org.) ; FEKETE, Elisabeth Kasznar (Org.) ; PROVEDEL, Leticia (Org.) ; RODRIGUES, Marissol Gómez (Org.) . Reivindicando a Criação Usurpada (A Adjudicação dos Interesses relativos à Propriedade Industrial no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

51 PONTES DE MIRANDA, J. C. Tratado das Ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

(D1), na verdade, corresponde a um segredo de invenção, enquanto não postulado o pedido de patente (D2) junto ao INPI.

Insta observar que a circulabilidade do direito de pedir patente é permitida, e, portanto, o autor pode ceder seu direito formativo gerador, fazendo com que a legitimidade ativa para ingressar com Ação de Adjudicação se desloque do autor para o titular do direito de pedir patente, que tanto pode ser originário (do próprio inventor ou do empregador, no caso do art. 88 da LPI) quanto derivado (de sucessor ou cessionário).

A despeito de só haver efeito reipersecutório quando existir *rei*, ou mais precisamente, direito real, a legitimidade para ingressar com Ação Reivindicatória nasce do ato da invenção e está atrelada à titularidade do direito de pedir patente (D1), ainda que tal direito precise estar contraposto ao seu exercício ilegítimo por terceiro que pediu a patente (D2) e, posteriormente, obteve a exclusiva de privilégio (D3), para fazer nascer a pretensão adjudicatória.

Note-se que o terceiro ilegítimo pode ser, até mesmo, o próprio inventor que havia cedido o direito de pedir patente (D1) e desrespeitou o pactuado em contrato, adiantando-se a depositar o pedido (D2) e obtendo a exclusiva (D3) antes do cessionário.

De suma importância a percepção da diferença da Ação Reivindicatória no direito civil e no direito de propriedade industrial. Porque o direito absoluto de pedir patente (D1), ainda que não real, vai autorizar o legítimo titular (inventor ou cessionário) a sobrepor sua pretensão adjudicatória àquele que pediu e obteve patente, mas era carecedor do direito constitucional formativo gerador (D1). Esse mesmo titular do D1 pode anular a patente, em decorrência do vício subjetivo. Assim, as pretensões de anular ou adjudicar são alternativas, mas resultantes de um só fato jurídico: somente o criador ou seus sucessores, cessionário etc. podem pedir patente (D1). A cadeia de titularidade deve ser respeitada para o exercício legítimo e regular do direito de pedir patente.

Na ação reivindicatória ou adjudicatória, no âmbito do direito industrial, persegue-se o direito de pedir patente (D1) preexistente à constituição da exclusiva (D3), obtida ilegitimamente por outro. O direito de pedir patente (D1), apesar de absoluto, não é real como o direito ao privilégio (D3). Nesse tópico, Pontes de Miranda ressalta a diferença entre o direito brasileiro e o direito alemão, vez que, no Brasil, não se chama de vindicação a ação do inventor ou seu sucessor, antes do depósito da patente, afirmando que o direito real nasce com a obtenção da patente. A rigor, só há efeito reipersecutório quando existe *rei* (direito real), de tal sorte que se conclui que a “adjudicação” prevista no art. 49 da LPI não é o que se chama de adjudicação no direito comum, pois ela gera efeitos reipersecutórios sobre algo que, no momento da usurpação, não era real (D3), não era monopólio, era apenas um segredo de invenção (D1).

Então, o adjudicante recupera um direito de pedir patente (D1) que lhe pertencia, já metamorfoseado em privilégio de patente (D3) por terceiro

ilegítimo. Não se trata de translação aquisitiva, pois a natureza do direito de pedir patente (D1) é inconfundivelmente diversa da natureza do privilégio de patente (D3). Não existe direito real antes da constituição da exclusiva de patente (D3).

O usurpado não retoma a propriedade que detinha anteriormente, pois, antes do exercício do direito de pedir patente, ele não detinha a propriedade, mas somente um direito absoluto. Assinale-se que o estado latente de pedir patente (D1) é que lhe foi surrupiado, e não a patente em si. Conclui-se que, com base em seu direito formativo gerador (D1), o adjudicante recupera o desdobramento do exercício daquele seu direito originário (D2), já transformado em patente (D3) pelo usurpador, assim nomeado independentemente de estar munido de má-fé.

Essa análise é típica de direitos, como os de patente, em que o sistema jurídico exige uma atuação do estado para *declarar* os pressupostos de proteção, cumulada à manifestação de vontade estatal específica (ainda que plenamente vinculada) para *constituir* a exclusiva. Assim, o D1 representa o interesse jurídico de suscitar o exame estatal, o D2 o interesse relativo ao pedido sendo examinado, e o D3 o interesse jurídico sobre a exclusiva já deferida.

Já no campo autoral, por exemplo, em que há proteção direta por exclusiva sem a atuação específica estatal, pode acontecer de se ir da criação diretamente ao D3<sup>52</sup>.

#### A questão do filtro de entrada à exclusiva

Mas se sabe que não são todas criações intelectuais que são objeto de direitos exclusivos. Há um filtro de entrada em cada sistema de proteção por exclusiva, que aceita certos tipos de criação, e rejeita outros<sup>53</sup>. Tem-no a lei de cultivares, a norma de desenho industrial, a norma de marcas, e assim por diante. No caso autoral (e falamos neste texto especialmente do caso autoral), assim descrevemos o filtro de entrada ao regime de proteção<sup>54</sup>:

Ao contrário das nossas leis anteriores, a norma de 1998 explicita quais são os objetos excluídos da proteção autoral:

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

---

52 Pode acontecer, se a criação passar pelo filtro de admissibilidade ao regime autoral, que, na lei autoral vigente, se concentra no art. 8º.

53 Para uma análise do filtro de entrada no sistema de patentes, que denominamos hipótese de incidência patentária, vide BARBOSA, op. cit, loc. cit.. As hipóteses de incidência patentária do art. 10 do CPI/96, Revista Eletrônica do IBPI, n.º. 4, p. 143. Disponível em: <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/8a6c575f40fc6c7dffff80aefffff.pdf>. Acesso em: 18/01/2012.

54 BARBOSA, Denis Borges, Os requisitos da forma livre e da originalidade na proteção de textos técnicos e científicos, manuscrito.

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

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

*III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções*<sup>55</sup>;

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

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

*VI - os nomes e títulos isolados;*

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

A listagem, também aqui, tem uma irrazoabilidade digna de Borges: as coisas mais disparatadas são postas num só lugar. As leis de patentes de 1945 a 1971 incorriam igualmente em recitais parecidos, que juntavam elementos de definição de que sistema aplicar (a noção de "invenção"), noções gerais de contributo mínimo e proibições diretas por razão de política pública. A lista, além de desconexa, é também incompleta: mesmo sem constar da relação, seriam denegados direitos autorais para um novo satélite de Saturno, um padrão monetário, ou um golpe de estado.

Mas a listagem aponta para exemplos de hipóteses que manifestam princípios de não-proteção subjacentes. A soma das *"idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras"* aponta para uma regra geral segundo a qual não se protegem idéias, *mesmo se sujeitas a uma formalização que fosse classificada entre os tipos consagrados.*

Na intuição de Camões, *Mas esta linda e pura semidéia (...) Está no pensamento como idéia/ O vivo e puro amor de que sou feito/ Como a*

---

55 Embora se pudesse argumentar que a proibição de proteger tais formulários manifestasse mais uma instância de falta de originalidade, na verdade entendo ter-se aqui uma restrição de política pública. Pode haver originalidade em formulários, como nota CHISUM, Donald S.; JACOBS, Michael. Understanding Intellectual Property Law United States of America. ed. Matthew Bender & Company Incorporated, 1995, p. 26-31: In Harcourt; Brace & World, [Harcourt, Brace & World Inc. v. Graphic Controls Corp., 329 F. Supp. 517, 171 U.S.P.Q. 219 (S.O. N.Y. 1971)] 73" the district court upheld the copyrightability of printed answer sheets for standardized tests designed to be corrected by optical scanning machines. The answer sheets embodied original expression: "(I) he area for originality of design is limited by the requirements of the optical scanning machine used .... However, within these confines the designer may structure the division of response positions across the page, may ask what information (name, age, date, etc.) the student should record on the face of the answer sheet, may devise the symbolic code indicating what question is being asked and what possible alternative answer slots may be selected, may insert any instruction explaining how to use the answer sheet in conjunction with an examination, may set forth examples illustrating such use, etc. . . . The creation of an answer sheet requires the skill, expertise and expertise and experience together with the personal judgment and analysis of the designer or author."

*matéria simples busca a forma.* É certamente um princípio básico de direito de autor <sup>56</sup>:

Com efeito, criando o Direito de Autor um monopólio em proveito do criador, direito este que é sancionado com vigor, tornar-se-ia paralisante tolerar que esta tutela recaísse sobre as idéias; as criações seriam entravadas pela necessidade de requerer a autorização dos pensadores: pode-se imaginar, por exemplo, que, no domínio científico, toda narração dos progressos seria difícil por que elas imporiam a concordância dos pensadores, dos quais as idéias seriam a base das descobertas. (...) Também esta exclusão das idéias do domínio do direito do autor é uma constante universal.

Tais exemplos também apontam para outro princípio de não-proteção: qualquer instância não expressiva está fora do alcance da proteção autoral: *realizar* atos mentais, jogos ou negócios; o *aproveitamento* industrial ou comercial (...). Não temos aqui uma recusa quanto à destinação da obra: será igualmente um princípio geral do direito de autor que não se denega proteção, por exemplo, ao texto de propaganda política ou comercial ou às instruções de como empinar uma pipa <sup>57</sup>, desde que dotadas dos requisitos gerais de arbitrariedade e contributo mínimo. O exemplo sempre lembrado do Relatório Municipal de Graciliano Ramos vem à memória:

*Pensei em construir um novo cemitério, pois o que temos dentro em pouco será insuficiente, mas os trabalhos a que me aventurei, necessários aos vivos, não me permitiram a execução de uma obra, embora útil, prorrogável. Os mortos esperarão mais algum tempo. São os munícipes que não reclamam. (...)*

*A prefeitura foi intrujada quando, em 1920, aqui se firmou um contrato para o fornecimento de luz. Apesar de ser o negócio referente à claridade, julgo que assinaram aquilo às escuras. É um bluff. Pagamos até a luz que a lua nos dá. (...)* <sup>58</sup>

O que se recusa a falar das realizações e aproveitamentos são as instâncias pragmáticas de aplicações de idéias, em tudo que ultrapasse a conformação expressiva. Na vedação de dar exclusivas às informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas e aos nomes e títulos isolados se têm exemplos da exigência geral de contributo mínimo. No direito comparado tais hipóteses são excluídas

---

56 [Nota do original] COLOMBET, Claude. Grands Principes du Droit d'Auteur et des Droits Voisins dans le Mond. 2a. Ed. LITEC/UNESCO, 1992, p. 10 «En effect, le droit d'auteur créant un monopole au profit du createur, droit qui est vigorseusement sanctionné, il serait paralysant de tolerer cette mise sous tutelle des idées; les créations seraient entravées par la necessité de réquerir l'autorisation des penseurs: on imagine, par exemple, que dans le domaine scientifique, toute narration des progrès serait difficile puisqu'elle imposerait l'accord des savants, dont les idées auraient été à la base de decouvertes (...) Aussi cette exclusion des idées du domaine d'application du droit d'auteur este-elle une constante universelle ».

57 [Nota do original] COLOMBET, op. cit., p. 16.

58 [Nota do original] Disponível em: <http://novoirisalagoense.blogspot.com/2006/03/primeiro-relatrio-graciliano-ramos.html>. Acesso em: 29/7/2010. Desses relatórios nasceu o convite de Augusto Frederico Schmidt, que levou Graciliano a escrever e publicar Caetés (1933).

seja sob a regra *de minimis non curat praetor*, seja diretamente pela aplicação do "nível mínimo de criatividade", originalidade, etc., sobre o que discutiremos logo adiante. Aqui também a regra de não-proteção não é literal, mas manifestação de um requisito de proteção.

Ao dizer que não incide direito autoral nos textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais mais uma vez se aponta para uma regra geral, pelo menos do direito brasileiro: os textos originados do Estado, com caráter oficial, não podem ser denegados à comunicação ao público com base em exclusiva autoral.

Note-se que nenhuma dessas hipóteses é de *exceção ou limitação* dos direitos autorais. O princípio de proteção da expressão - não das idéias - é uma *norma positiva de incidência*. O sistema autoral não incide no âmbito das idéias; não se excepciona ou limita o que nem sequer se inclui. Não se excepcionam ou limitam as *ações pragmáticas* ou *aproveitamentos* não expressivos: apenas eles não se inserem no campo de incidência do sistema autoral, seja para entrar em outro sistema, seja para permanecerem de livre utilização.

A regra do contributo mínimo igualmente não é exceção ou limitação: os objetos que não alcançam o nível mínimo de proteção destarte não incidem no campo de proteção.

Assim, não cabe aplicar interpretação *restritiva* às enunciações do art. 8º. da lei autoral, para reduzir sua aplicação às hipóteses nominais listadas; trata-se aqui de um estilo normativo *pars pro toto*, em que se usam exemplos como manifestação de hipóteses de não incidência do sistema autoral, ou de um requisito de limiar mínimo de acesso.

As regras de interpretação restritiva da lei autoral de alcance são unilaterais, eis que se dirigem *ao autor* (que se presume hipossuficiente<sup>59</sup>); e são regras relativas *aos negócios jurídicos* e não à aplicação do texto normativo. O próprio Supremo Tribunal Federal já entendeu que mesmo o capítulo das exceções ou limitações permite interpretação não restritiva<sup>60</sup>.

---

59 [Nota do original] Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais. Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: (...) VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

60 [Nota do original] “Tendo em vista a natureza do direito de autor, a interpretação extensiva da exceção em que se traduz o direito de citação é admitida pela doutrina. Essa admissão tanto mais se justifica quanto é certo que o inciso III do artigo 49 da Lei 5988/73 é reprodução quase literal do artigo 666 do Código Civil, redigido este numa época em que não havia organismo de radiodifusão, e que, na atualidade, não tem sentido que o que é lícito, em matéria de citação para a imprensa escrita, não o seja para a falada ou televisionada. A mesma justificativa que existe para o direito de citação na obra (informativa ou crítica) publicada em jornais ou revistas de feição gráfica se aplica, evidentemente, aos programas informativos, ilustrativos ou críticos do rádio e da televisão. Recurso extraordinário não conhecido”. Recurso Extraordinário Nº 113.505-1 – Rio de Janeiro – 1º Turma – STF – 28.2.1989 – Ministro Moreira Alves. [Complemento à nota] Veja-se a decisão seminal do STJ, de 2011: “Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610.98 a luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão

## Dos requisitos da novidade e da originalidade

Integrando ou não um filtro de entrada como este que se acaba de examinar, todos os sistemas vigentes de propriedade intelectual ainda têm *pelo menos* dois requisitos complementares (e alguns sistemas, ainda mais outros):

- o de que a criação intelectual seja inaugural, ou seja, não seja reprodução de algo já existente;

- e de que haja um mínimo de contribuição diferencial à sociedade, em grau que justifique a concessão de uma exclusiva (como notamos acima falando das agências, etc.).

Quanto ao primeiro ponto, só haverá criação desde que nova, no simples e coezinho sentido de que não esteja antes disponível à sociedade <sup>61</sup>.

Quanto ao segundo requisito, que se denominará neste estudo *originalidade*, observe-se que, como suscitado pela Suprema Corte americana no caso Feist <sup>62</sup>, não

---

com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião. III - O âmbito efetivo de proteção do direito a propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610.98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais. III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC. TRIPS. (...) Ora, se as limitações de que tratam os arts. 46 47 e 48 da Lei 9.610? 98 representam a valorização, pelo legislador ordinário, de direitos e garantias fundamentais frente ao direito à propriedade autoral, também um direito fundamental (art. 5º, XXVII, da CF), constituindo elas - as limitações dos arts. 46 47 e 48 - o resultado da ponderação destes valores em determinadas situações, não se pode considerá-las a totalidade das limitações existentes." STJ, Resp 964.404 - ES (2007.0144450-5), Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 15 de março de 2011. Este precedente teve significativa acolhida pelos tribunais.

61 Esta noção de novidade é elemento essencial a todos direitos de propriedade intelectual. Mesmo o direito autoral. Nota-o a casuística: "Para ocorrência de qualquer contrafação, inclusive aquela que se denomina de literária, há pressupostos indispensáveis. O 1º deles é o atendimento ao princípio da anterioridade ou da chamada preexistência do escrito caracterizador da obra quanto a que se pretende a clonagem. No caso dos autos, as apeladas principais, como os documentos de fls. 09/13 dos autos, pretenderam demonstrar que a publicação da ré, em 06/06/99, no Jornal de Casa, é repetição de suas criações e, destarte, uma contrafação literária, olvidando-se, no entanto, que as impressões por elas trazidas não certificam a época em que concebidas, e, assim, ter-se a publicação da ré, no mencionado hebdomadário, como reprodução dos escritos das autoras, é, no mínimo, temerário. Evidente que, faltante esse importante dado (como verdadeiro pressuposto do surgimento da anomalia pretendida), não se pode concluir, com a certeza que o Judiciário deve contar, de que houve qualquer reprodução. Em resumo: isto já seria o bastante para a inviabilidade do pedido inicial. Contudo, há mais, do ponto de vista jurídico-legal, frente ao que disciplina a Lei Federal nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, conhecida como a Lei do Direito Autoral." TJMG, AC 2.0000.00.392118-8/000, Quinta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Des. Francisco Kupidlowski, 26/06/2003.

62 Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991). Referimo-nos aqui à doutrina do Contributo Mínimo, objeto da obra BARBOSA, Denis Borges; RAMOS, C. T.; MAIOR, R. S. O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, originalidade, Distinguilidade e Margem Mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Tal noção, que não tem previsão formal na lei vigente, encontra resguardo na casuística e na doutrina. Veja-se este julgado do tribunal paulista: "A real compreensão da extensão da controvérsia passa necessariamente pela análise da pergunta se merecerá a qualificação de "obra", para a conseqüente proteção pelo direito de autor, qualquer combinação de palavras? E a resposta há de ser negativa. W. F. Verkade, em sua Lettre des Bays para o Órgão Oficial da Seção de Direito de Autor da Organização Mundial de Propriedade Intelectual de Genebra, "Le Droit d'Auteur", de maio de 1981, p. 135, realça a importância de acórdão prolatado pela Corte Suprema de seu país em 05.01.1979, por reafirmar claramente que: "[As questões de pretendido plágio] dizem respeito especialmente à apreciação do caráter original das obras do autor e de réu, e devem ser resolvidas pelo juiz levando em conta todas as circunstâncias da espécie" (Antônio Chaves. Plágio - Obras musicais, São Paulo, 26.06.1992). Henry Jessen considera "original" a obra que, pela sua forma, não se confunda com outra, preexistente. "Como a proteção da lei recai sobre a forma, não lhe afeta a originalidade ser o assunto idêntico ao de outra obra, sempre que o autor exteriorize seu pensamento

é o simples suor do trabalho ou custo do investimento que merece exclusiva; é preciso que a criação intelectual represente uma contribuição objetiva à sociedade *como aporte intelectual*. Voltaremos ao tema mais abaixo.

### O que acontece com a criação que não passa no filtro de entrada?

A intrincada análise do processo de obtenção de uma patente que faz acima Marissol Gomez Rodrigues, pelo qual uma criação é acolhida pela exclusiva, deixa de lado, no entanto, uma fase anterior, que, por amor às categorias propostas pela autora, poder-se-ia caracterizar como D0.

O D0 é o impacto de uma criação no universo jurídico antes de passar por qualquer dos filtros de entrada num dos sistemas da Propriedade intelectual; ou na hipótese de não lhe ser possível passar por nenhum desses filtros. O D0 é um ambiente jurídico onde surge e prolifera a criação intelectual. Objetivada, fica lá pairando a espera de reconhecimento e consagração jurídica.

A consagração não será, porém, no âmbito das exclusivas. Por exemplo, quando se suscita direito autoral para coisas que não obviamente não passariam pelo filtro do art. 8º da LDA:

O acórdão embargado não negou que a autora, ora embargante, tenha sido a criadora do estilo denominado "fragmentismo". Nem poderia fazê-lo, porque tal fato foi estabelecido no acórdão recorrido.

---

de forma diversa, pessoal e inconfundível, original, pois" (CHAVES, op. cit.. Direito autoral - Princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987). A lei italiana é expressa, exigindo para que seja concedida proteção, que se trate de obras intelectuais de caráter criativo, admitindo embora qualquer modo ou forma de expressão. Julgado do Tribunal Civil do Sena, de 19.07.1911. deixa patente que o que importa, antes de mais nada, é o caráter original, novo, da obra (op. cit., Parte 2). Não só o requisito da originalidade, como o da novidade são objeto da reflexão de J. Pereira ("Limites da proteção do direito autoral", O Estado de S. Paulo, 31.01.1981). Ettore Valério e Zara Algardi (Il diritto d'autore. Milão: Giuffrè, 1943. p. 6) ressaltam o papel fundamental da originalidade e da novidade: "Os requisitos de originalidade e novidade que as obras devem apresentar para obterem proteção da Lei dos Direitos de Autor devem ser entendidos de modo relativo e não absoluto, no sentido de que as obras, desde que contenham aquele tanto de criação original, que tenham valor para se poder atribuir a um determinado autor paternidade da obra, são protegidas ainda que se trate de assuntos não novos nem originais; o essencial é que o autor, com a própria elaboração, tenha dado à obra a marca pessoal da própria atividade criativa, que as modificações trazidas pelo autor sejam tais que constituam uma idéia nova e original, diferenciada de modo claro e seguro de qualquer outra". Traga-se a lição de BITTAR, Carlos Alberto ("Direito de autor - Coletâneas ou compilações de leis", RT 681/273 (DTR\1992\221-275), que merece ser transcrita: "Ora, as obras protegidas nesse campo são as de cunho estético, ou seja, suscetíveis de sensibilização ou de transmissão de conhecimentos, entendendo-se como tal as concepções apresentadas sob determinadas formas. Vale dizer: o direito do autor ampara a forma criada pelo autor, compreendendo-se a 'forma intrínseca, a saber, a expressão objetivada do pensamento ou a construção orgânica da obra, e a forma extrínseca, i.e., o revestimento literário ou artístico que recebe'". "Para tanto, deve a contribuição do autor resultar de 'atividade própria, que acrescente algo novo à realidade existente'. "Assim é que 'extraí do acervo cultural da época os elementos necessários, imprime-lhes conotações próprias, ordena-os e plasma o seu pensamento ou a sua concepção em uma das formas de exteriorização possíveis'". "Há que existir, pois, em concreto, o elemento criatividade, ou seja, 'o algo novo, o produto intelectual inserido pelo autor no mundo exterior ou a individualização da representação do pensamento'". A obra deve ser dotada de originalidade, que é o seu requisito fundamental para a proteção legal. Deve encerrar contribuição do autor em sua organização, escolha e disposição das matérias, enfim, ter caracteres distintos próprios. "A obra deve resultar de trabalho de criação original do autor que possa alçar-se a condição de criação intelectual." TJSP – Ap. c/ Rev. 339.191-4/2-00 - 3.ª Câmara de Direito Privado - j. 7/3/2006 - v.u. - rel. Beretta da Silveira - Revista dos Tribunais | vol. 850 | p. 252 | Ago / 2006 | JRP\2006\1380.

Ocorre que, mesmo tendo a autora criado o "fragmentismo", tal técnica é "apenas um meio, um procedimento, para a formação de obras artísticas". É "maneira de fazer arte", como está na inicial (fl. 8).

Exatamente por isso não está albergado pela Lei dos Direitos Autorais.

Como constou do acórdão embargado:

"O resultado da utilização da técnica é que tem guarida legal: somente se sujeita à proteção intelectual a obra formada pela utilização do estilo (v.g., quadros, telas, fotos, filmes etc.), individualmente considerada."

Em palavras diretas: fragmentismo não é obra (não no sentido jurídico do termo, que não se confunde com outras acepções admitidas e conhecidas).

Trata-se de método, técnica, procedimento para a criação de obras, estas sim cobertas pelo direito previsto no Art. 5º, XXVII, da Constituição Federal.

Pelas carregadas palavras da embargante, fica claro que ela gostaria que a Lei protegesse, também, os criadores de estilos, de técnicas.

É uma posição defensável, bastante razoável. Mas não é a opção da Lei, à qual devo obediência. EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 906.269 - BA (2006/0248923-0)

O nosso direito excluiu tal hipótese (como muitíssimas outras) de todas exclusivas, ainda que a pretensão pelo reconhecimento seja como diz o acórdão, *uma posição defensável, bastante razoável*. Não há patrimonialidade a proteger, prestigiando-se - pelo contrário - o uso livre da criação por todos <sup>63</sup>:

Fica clara a subsistência de um direito natural à fruição do domínio público, indicado tanto pela filosofia clássica <sup>64</sup> como pela jurisprudência <sup>65</sup>.

Assim, é crucial para o estudo da Propriedade Intelectual que se tenha em conta que – no dizer de Allan Rocha de Souza “a exclusividade é uma ilha num mar de uso livre das criações” <sup>66</sup>. Nota José de Oliveira Ascensão <sup>67</sup>:

---

63 Citamos aqui o nosso Tratado, op. cit., v.I, cap. I, [5] § 4. - A eminência da produção de acesso livre: o domínio público.

64 [Nota do original] Aristóteles, Poética, parte IV: “First, the instinct of imitation is implanted in man from childhood, one difference between him and other animals being that he is the most imitative of living creatures, and through imitation learns his earliest lessons; and no less universal is the pleasure felt in things imitated.”

65 [Nota do original] In re Morton-Norwich Prods., Inc., 671 F.2d 1332, 1336 (C.C.P.A. 1982) (“[T]here exists a fundamental right to compete through imitation of a competitor’s product, which right can only be temporarily denied by the patent or copyright laws.”). “The defendant, on the other hand, may copy [the] plaintiff’s goods slavishly down to the minutest detail: but he may not represent himself as the plaintiff in their sale” “The efficient operation of the federal patent system depends upon substantially free trade in publicly known, unpatented design and utilitarian conceptions. (...) From their inception, the federal patent laws have embodied a careful balance between the need to promote innovation and the recognition that imitation and refinement through imitation are both necessary to invention itself and the very lifeblood of a competitive economy. Bonito Boats, Inc. V. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141 (1989), O’Connor, J., Relator, ecisão unânime da Corte. “[t]o forbid copying would interfere with the federal policy, found in Art. I, § 8, cl. 8 of the Constitution and in the implementing federal statutes, of allowing free access to copy whatever the federal patent and copyright laws leave in the public domain.” Compcorp v. Day-Brite Lighting, Inc., 376 U.S. 234, 237 (1964).

“A mera apropriação ou desfrute de posições alheias não é suficiente para caracterizar a concorrência desleal. E os elementos empresariais alheios podem ser protegidos por um direito privativo ou não ser. (...) Se não são protegidos, há que se ter em conta que o grande princípio é o da livre concorrência. E a livre concorrência leva a dizer que tudo que não é reservado é livre. A liberdade de concorrência implica que os elementos empresariais alheios possam ser aproveitados por qualquer um. O que significa que mesmo a cópia é um princípio livre. Para haver concorrência desleal tem de haver uma qualificadora específica que torne a imitação, em princípio livre, uma atividade proibida.

Que fique claro, assim, qual o regime normal e “natural” dos bens intelectuais: o da liberdade de uso por todos, sem que isso cause impacto na esfera de direito de seu criador ou titular. Apenas quando – excepcionalmente – haja exclusividade de uso conferida por lei ao criador ou titular, ou se tenha uma “qualificadora específica” que deflagre a concorrência desleal, pode-se vedar a apropriação ou desfrute de criações alheias.

### Um espaço sem efeitos patrimoniais?

Essa negativa de efeitos patrimoniais evidentemente não contenta sempre o originador do D0<sup>68</sup>. Na busca por retorno material, ele terá algum apoio em sua demanda tanto em algumas constituições nacionais, quanto nas declarações de direitos humanos (A Declaração de 1948, art. 27.2; no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966, art. 15.1), no que afirmam que o trabalho criador merece consagração de seus resultados morais e materiais<sup>69</sup>.

Mas para efetivar quaisquer efeitos patrimoniais, além de submeter-se à avaliação frígida do mercado, há que se considerar ainda a utilidade social do tal trabalho criativo. Isto é particularmente relevante quando se recorda que o acesso da sociedade aos frutos criativos do trabalho é também um direito fundamental, ou

---

66 [Nota do original] Palestra do Seminário Internacional sobre Direito Autoral. Fortaleza, 26-28/nov., 2008.

67 [Nota do original] ASCENSÃO, José de Oliveira, Concorrência Desleal. Coimbra: Almedina, 2002, p. 441-442.

68 Que muitas vezes vai tentar sua sorte no judiciário. "INVENTO. EQUIPE DE ESTUDOS E PROJETO. Participação em equipe de estudos e projeto de reestruturação e implantação de nova sistemática de funcionamento da empresa ou de algum de seus setores não revela ineditismo ou invenção a ensejar a condenação da empregadora no pagamento de percentual sobre seu faturamento ao empregado." (...) Demonstrou o Regional estar provado nos autos que o Autor integrara equipe com fim de reestruturação da empresa na área de armazenamento e capatazia de cargas aéreas. Ainda acrescentou: "... o autor não demonstrou que de seu intelecto e esforço pessoal, unicamente, surgiu algo inusitado em matéria de administração portuária que tenha vindo a revolucionar a maneira como isto é feito há décadas". TST Recurso de Revista nº TST-RR-337817/97.9

69 Estaríamos aqui sob o império da vertente dita lockeana da justificação da propriedade intelectual (que na verdade não encontraria justificativa, mas seguramente pretexto, em John Locke). Vide GRAU-KUNTZ, Karin. Jusnaturalismo e propriedade intelectual. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, ABPI, nº 100, 2009, p. 7-13: "(...) fica evidente a impossibilidade de querer encontrar na natureza a legitimação da garantia de exclusividade. O direito sobre bens intelectuais é evidente, não tem nada de "natural", pelo contrário, ele é o resultado de uma intervenção do Estado na natureza das coisas. No mesmo sentido, restam patentes as dificuldades de querer aplicar a teoria do trabalho desenvolvida por Locke para justificar esse tipo de propriedade. O pensamento de Locke, como foi acima demonstrado, tem como ponto de partida o princípio meta-individual de que a propriedade "natural" de alguém só tem extensão até os limites da propriedade "natural" de um terceiro."

humano de caráter coletivo, assegurado pelos mesmos dispositivos que garantem proteção individual ao trabalhador <sup>70</sup>.

Não limitamos, assim, neste estudo, a análise do trabalho criativo às hipóteses em que se pode fazer exercício de direitos exclusivos. A exclusiva nasce no contexto de uma economia em que a produção para o mercado é relevante, ou dominante <sup>71</sup>. Mas a questão do D0 precede e talvez suceda esse contexto histórico.

Lógico que patrimonialidade e exclusiva não se identificam. A exclusiva é uma – apenas uma – das modalidades de satisfazer a pretensão tutelada pelos direitos humanos, de retorno pelo trabalho criativo. O mecenato (do tipo que fruiu Haydn no seu tempo, sem exclusiva) também prevê a imputação criação-originador, como o prevê um sistema de prêmio-para-divulgação-geral como recentemente propugnado pela OMS, como o faz um sistema de domínio público pagante <sup>72</sup>.

Além disso, como ocorre com cientistas e pesquisadores, os frutos materiais do trabalho também vêm não diretamente dos frutos ou da exclusividade de uso da criação específica, mas como resultado indireto do exercício criativo, o de sua continuidade, como a vinculação a uma universidade, a fama que traz oportunidades profissionais, ou os prêmios científicos <sup>73</sup>. Serão esses os *proveitos econômicos indiretos da criação*.

---

70 Sobre isso, vide o nosso Tratado, v.I, cap. II, [3] § 1. 3. - Dos impasses e superações dos direitos humanos dos autores. “No tocante aos direitos do autor e - inclusive - do inventor, o discurso da Revolução Francesa identificou a relação jurídica entre originador e criação como de propriedade. Propriedade original, primitiva, anterior à lei, muito embora, paradoxalmente, até a lei revolucionária, não houvesse proteção de exclusiva. Outra fonte desse reconhecimento, mas igualmente transcendendo à sua consagração nos textos legais nacionais, se encontra na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, mas com uma articulação mais complexa: de um direito humano tanto do originador, quanto da sociedade como um todo: Artigo 27º Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam. Todos têm direito à proteção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.”

71 Vide nosso Tratado, v.I, cap. I: [5] § 1. - A historicidade da transformação do bem incorpóreo em propriedade concorrencial. “Em determinado momento da história econômica do Ocidente, o sistema de reprodução de obras literárias, que já incluía, além dos proverbiais monges, empresas de copistas profissionais, recebe uma fonte importante de competição, com a imprensa mecânica de Gutenberg. Também imediatamente, foi demandado e recebido um sistema de regulação da concorrência que justificasse o investimento industrial. (...) No entanto, eventualmente, essa indústria da reprodução passou a exigir uma proteção de mercado, não contra os copistas, mas seus próprios iguais. (...) Fixada como um ente historicamente definido, essa propriedade nova se faz como uma medida de incentivo a um tipo de investimento: a daquela que Tobias Barreto classificava como uma indústria de natureza espiritual. Espiritual, sim, mas organizada e voltada para um tipo de produção específica: a destinada a um mercado.”

72 De novo, nosso Tratado, v.I, cap. I: [5] § 1. 3. - Uma noção essencial: a Propriedade intelectual é apenas uma das formas de incentivo à produção intelectual. “Mencionamos acima métodos de indução privada à produção expressiva. Sistemas similares se aplicariam à produção tecnológica. Como pode ser socialmente necessário estimular esse tipo de produção, vários métodos de incentivo público foram construídas na história. Contam-se entre esses a concessão de prêmios à criação intelectual (como o Nobel, Pulitzer, etc.); estímulos fiscais; financiamento público; subsídios (como os das Leis de Incentivos à inovação); compras estatais de bens, serviços e criações intelectuais; e a constituição dos mecanismos de intervenção do estado no mercado livre, que tomam o nome de Propriedade Intelectual.”

73 LANDES; POSNER, op. cit., p. 48: “Many authors derive substantial benefits from publication that are over and beyond any royalties. This is true not only in terms of prestige, celebrity, and other forms of nonpecuniary income, but also in terms of

### Não há um dilema entre anomia e a exclusiva

Uma opção necessária entre abandonar o D0 a um espaço anômico, ou conceder a exclusiva é o que rejeito. D0 é necessariamente uma imputação de direito, mas não obrigatoriamente de direito patrimonial; e muito menos de direito patrimonial de efeito exclusivante.

Nossa conclusão é essa: toda criação intelectual, nova ou não, individualizada ou não, constitui-se um estado de significação jurídica, que se expressa, necessariamente, mas não só, pela imputação da criação ao seu originador. Há um direito (à escolha: humano, fundamental ou simplesmente de prudência) de imputação dessa criação a uma pessoa. Mesmo quem faz um bolo de milho bem feito tem direito a ser tido como seu cozinheiro.

### **A ocultação reprovável fora das exclusivas**

O direito autoral, como outros direitos de propriedade intelectual, abrange a tutela de pretensões patrimoniais e pessoais. Mesmo quando não é aplicável à hipótese o “direito moral” ou o direito patrimonial autoral, o ocultamento da origem alheia pode - em muitas hipóteses - ser classificado como uma infração ética. Essa figura tem sido expressa pela noção de *plágio acadêmico* <sup>74</sup>.

Na verdade, não há uma oposição necessária entre a violação ética e a infração ao direito autoral; já se notou que a Convenção de Berna faz uso da expressão “bons usos” no contexto do direito de citação, remetendo assim a um parâmetro não exatamente legal, mas pertinente a outros campos de reprovabilidade <sup>75</sup>.

No entanto, há espaços claramente isentos da violação de direito autoral que, no entanto, serão objeto de ofensas eminentemente reprováveis. Por exemplo, o uso no discurso acadêmico, científico ou doutrinário de idéias, fatos ou concepções

---

pecuniary income in such forms as a higher salary for a professor who publishes than for one who does not, or greater consulting income, or, for popular authors, performers, and other creators of intellectual property, income from lectures and even product endorsements. Publishing is an effective method of self-advertisement and self-promotion.”

74 TOLLER, Fernando M. Propiedad intelectual y plagio en trabajos académicos y profesionales, Publicado en: Sup. Act. 26/10/2010, 1: “En este orden de ideas, aquí se sostiene que existe “plagio académico”, o “copia”, siempre que de algún modo se vulnere la autoría o paternidad de una obra intelectual, según luego se abundará. Así, existe “plagio académico”, total o parcial, cuando se ha llevado a cabo una apropiación, sea literal o sea sustancial, de ideas, sentencias u obras ajenas, publicadas o inéditas, presentándolas como propias o no citando en las notas al pie con claridad y con exactitud las fuentes utilizadas en cada caso. La expresión “plagio académico” sirve, en consecuencia, para distinguir los aspectos éticos y de corrección y acribia científica de las eventuales responsabilidades penales o civiles que pudieren corresponder por esta concreta violación al régimen del Derecho de Autor. El sintagma sirve, también, para distinguir las consecuencias disciplinarias del plagio académico de los sistemas para tutelar el derecho con medidas de cesación del agravio y de reintegro del derecho conculcado: medidas cautelares de prohibición, secuestros, sentencias definitivas de cesación, publicación de la sentencia, etc.”

75 TOLLER, op. cit, “Dicha norma permite ciertas utilizaciones de una obra ajena sin solicitar autorización previa ni remunerar al autor, “a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga”. Naturalmente, uno de esos parámetros sine qua non para este uso honrado, o para el derecho de cita, es que las utilizaciones de las obras ajenas deberán mencionar en cada caso el trabajo y el nombre del autor.”

puramente abstratas que foram originadas por terceiros, - mas sem mencionar sua originação. As idéias, fatos, informações, etc. são como vimos exemplos egrégios daquele corpo de criações intelectuais que recairiam na esfera do D0.

### Idéias estão fora do direito autoral

É pacífico, pelo menos em nosso direito, que idéias são excluídas do campo das exclusivas autorais. Vimos que a lei o diz. A casuística o repete fielmente:

"Embora sejam criações do espírito, as idéias não ensejam direitos de propriedade ou de exclusividade. Em consequência, o fato de alguém utilizar idéia desenvolvida por outrem, por si só, não constitui violação às regras de direito autoral, não configurando ato ilícito, que dá origem ao direito de indenização. Recurso provido, para que prevaleça a sentença que desacolheu o pedido" (Resp n. 661.022/RJ, Relator Ministro Castro Filho, julgamento em 23/10/2006).

"DIREITO AUTORAL. PLÁGIO. INOCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO POR EMISSORA DE TELEVISÃO BRASILEIRA DE FORMATO TELEVISIVO DE PROGRAMA TIPO REALITY SHOW, PERTENCENTE À EMPRESA ESTRANGEIRA E A OUTRA EMISSORA DE TV NACIONAL. CRIAÇÃO, CONSISTENTE NA IDÉIA DE CIRCUNSCREVER PESSOAS EM RECINTOS FECHADOS PARA EXPOR OS COMPORTAMENTOS DOS PARTICIPANTES, QUE NÃO TEM CONTEÚDO DEFINITIVO EM TEXTO PREDETERMINADO. MÉTODO QUE NÃO GOZA DA PROTEÇÃO LEGAL DA LEI 9.610/98 POR NÃO SE TRATAR DE ASSUNTO OU ARGUMENTO LITERÁRIO. Voto vencido. "Não pode ser considerada plágio a utilização, por emissora de televisão brasileira, de formato televisivo de programa reality show, (...) se o mesmo não possui roteiro, ou seja, não tem conteúdo definitivo em texto predeterminado. Assim, a idéia de circunscrever pessoas em recintos fechados (...) não goza da tutela legal da Lei 9.610/98" (5ª Câm. de Direito privado do TJSP, no Agravo Regimental nº 225.882.4/1-01, da Comarca de Osasco/SP, com julgamento em 08/11/2001, tendo como Relator o Desembargador Marcus Vinícius dos Santos Andrade, e, pub in RT, vol. 798, p. 131, na parte "Jurisprudência Seleccionada", do Cap. "Tendências Jurisprudenciais Civis").

"No tocante às apontadas coincidências, tornam-se muito pouco para caracterização de cópia que, para configurar infração ao direito autoral - caso houvesse sido preenchido o requisito da preexistência - deveria ser reprodução integral do texto, o que não acontece, pois, o art. 8º, inciso I, da Lei Federal nº 8.610/98, exclui, expressamente, da proteção ao direito autoral, as idéias, sistemas, métodos e procedimentos normativos, não se perdendo de vista que o pedido das autoras fulcra-se no ataque à idéia de chamamento feito ao público naquela data comemorativa ao enlevo global, mas, quanto a ela, não há proteção legal." TJMG, AC 2.0000.00.392118-8/000, Quinta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Des. Francisco Kupidowski, 26/06/2003.

"Direitos Autorais. Imputação de plágio. Autoria de roteiro de programa televisivo consistente em entrevistas, música, moda, beleza e variedades. Formato comum, utilizado por diversas emissoras. Não demonstração de criação ou de originalidade. ROTEIRO CONSISTENTE EM MERO CONJUNTO de IDÉIAS, NÃO PROTEGIDO PELO DIREITO AUTORAL (Lei 9.610/98, artigo 8º, I). Registro nos órgãos competentes que não enseja titularidade de direitos autorais. RECURSO NÃO PROVIDO" (Apelação com

Revisão n. 562.989.4/6-00/ de São Paulo, Sétima Câmara de Direito Privado, Relator Elcio Trujillo, julgamento em 17 de setembro de 2008).

## Isso já nos fez notar que <sup>76</sup>

Como disse o nosso Supremo Tribunal Federal em 1979: “Bula de Remédios Reconhecida natureza científica. Destinada à classe médica e farmacêutica e fiscalizada pelas autoridades competentes, legitima-se a simples referência ou citação de uma pesquisa científica sem ofensa aos direitos de autor (...) Nos trabalhos científicos o direito autoral protege a forma de expressão e não as conclusões científicas ou seus ensinamentos, que pertencem a todos, no interesse do bem comum <sup>77</sup>.”

No mesmo sentido, 1ª. Câmara do Conselho Nacional de Direito Autoral entendeu que “Invenções idéias, sistemas e métodos não constituem obras intelectuais protegidas pelo Direito Autoral, porquanto a criação do espírito objeto da proteção legal é aquela de alguma forma exteriorizada. Assim, obra intelectual protegível (...) é sempre a forma de expressão de uma criação intelectual e não as idéias, inventos, sistemas ou métodos” <sup>78</sup>.

E não se entenda que isso é uma peculiaridade da lei brasileira. Essa vedação de exclusividade jurídica para a produção científica *stricto sensu* é universal <sup>79</sup>, tendo sido incorporada no art. 9º. do recente acordo TRIPs da Organização Mundial do Comércio. Então, o que sobra? O Prêmio Nobel, o reconhecimento acadêmico, o prestígio, o currículo e assim por diante <sup>80</sup>.

---

76 BARBOSA, Denis Borges. O orientador é coautor?. Revista da Associação Brasileira de Direito Autoral. Rio de Janeiro, v. 1., 2004. A questão de coautoria de orientador mereceu também análise de MORAES, Rodrigo. Os Direitos Morais do Autor, repersonalizando o Direito Autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 76-109. Ambos os entendimentos confluem em denegar ao orientador o status de autor (pelo menos no campo do direito). No âmbito das ciências, porém, há julgado em sentido contrário, não quanto à dissertação ou tese, mas aos trabalhos científicos consequentes: "ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. PÓS-GRADUAÇÃO. ORIENTAÇÃO DE TRABALHOS CIENTÍFICOS. DIREITOS AUTORAIS. ALEGAÇÃO DE PLÁGIO. A publicação conjunta de trabalhos científicos contendo os nomes do Professor-Orientador e dos seus orientados não configura plágio para os fins de caracterização de responsabilidade civil. O orientador é co-participante da atividade de pesquisa, não se configurando ilícita ou antiética a conduta consistente em publicar resumos, em revistas especializadas ou eventos científicos, desde que se faça constar os nomes de todos os pesquisadores participantes. A ordem de enumeração dos co-autores do trabalho científico não é disciplinada pela legislação, sendo regulada pelos usos e costumes acadêmicos ou pelos próprios órgãos de divulgação. Conforme magistério da doutrina especializada, não existe critério universalmente aceito para estabelecer a ordem de citação de autores num trabalho científico. No caso em exame, não resta evidenciada a violação de direito autoral, pois o nome da autora constou de todas as publicações, embora não na ordem pretendida. Não há que confundir-se a apresentação de dissertação de mestrado com a publicação de artigos, em revistas especializadas ou em congressos para fins de divulgação". TRF4, Apelação/Reexame Necessário nº 0084129-33.2003.404.7000/PR, 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, Des. Fernando Quadros da Silva, 14 de junho de 2011.

77 [Nota do original] Recurso Extraordinário nº 88.705-9/RJ - 2a. Turma - STF - Por maioria, em 25/05/79 - Rel. Cordeiro Guerra

78 [Nota do original] Deliberações no. 41/83, Processo 440/82; 40/83, Processo 438/82; 39/83, Processo 439/82; 33/83, Proc. 690/81, Relator Conselheiro Manoel Joaquim Pereira dos Santos.

79 [Nota do original] COLOMBET, Claude. Grands Principes du Droit d'Auteur et des Droits Voisins dans le Monde. 2a. Ed. LITEC/UNESCO, 1992, p. 10.

80 Note-se, porém, a hipótese de uma proteção às descobertas científicas, prevista no Tratado de Criação da OMPI. Diz o doc. WIPO/PCT/MRU/02/1, de julho de 2002, “According to one opinion, scientific discoveries should not have been mentioned among the various forms of intellectual property since no national law or international treaty gives any property right in scientific discoveries. Scientific discoveries and inventions are not the same. The Geneva Treaty on the International Recording of Scientific Discoveries (1978) --a treaty that has not entered into force--defines a scientific discovery as “the recognition

Mas a criação literária relativa à produção científica, essa sim tem proteção jurídica. Fora as idéias, inventos, sistemas, métodos, conclusões científicas e ensinamentos, que permanecem de domínio comum. Em suma, a forma de expressão de uma tese, dissertação ou artigo científico é protegido pelo direito autoral. E só.

Assim, muito do que constrói o discurso das ciências é estranho ao campo da proteção autoral. Um artigo científico sempre agrada se bem escrito; mas são os dados e fatos nele incrustados que representam a contribuição do autor à sociedade. Como afirmamos antes, exige-se que essa contribuição seja reconhecida pela vedação do ocultamento da origem, ainda que disso não decorra qualquer poder de excluir terceiros da criação, ou de haver proveitos patrimoniais dessa utilização alheia.

### O interesse privado na revelação da fonte das idéias e informações

Mesmo não incorrendo diretamente em vantagens patrimoniais, como ocorre com as criações suscetíveis por direitos autorais, há relevante interesse privado e subjetivo em que se faça a atribuição de uma criação intelectual a seu originador. Na verdade esse dever de imputação - mesmo no caso que não seja obra tutelada pelos direitos autorais - é reconhecido até por Pouillet, o autor clássico *par excellence* da Propriedade Intelectual<sup>81</sup>.

Esse dever é correlativo ao interesse do cientista, pesquisador, acadêmico, enfim, o originador da criação. É o que nota recente estudo sobre o fenômeno do plágio, olhando do ponto de vista do cientista ou pesquisador<sup>82</sup>:

Considerando que o núcleo da ciência são fatos e teorias, e não palavras, novos resultados experimentais e novos modelos são à base de novos conhecimentos científicos. Yilmaz tem razão quando escreve: "nossos resultados são [original] e estes são a parte mais importante de qualquer trabalho científico"(...) Para os cientistas, o plágio é seme-

---

of phenomena, properties or laws of the material universe not hitherto recognized and capable of verification" (Article 1(1)(i))."

81 "Ainsi celui qui imagine une méthode de lecture ou d'écriture, des principes d'escrime ou d'équitation, un système philosophique, une démonstration scientifique ne saurait se plaindre de ce que l'on applique ses principes, sa théorie, son système, si d'ailleurs on n'emprunte pas ses développements, sa composition. Nous n'admettons pas pourtant qu'un plagiaire puisse s'emparer de cette méthode, de ce système, et s'en attribuer impudemment le mérite. L'auteur, ainsi spolié, aurait une action civile et pourrait obtenir de la justice que son nom fût du moins cité et que l'honneur de sa découverte lui fût restitué." POUILLET, Eugène. Propriété Littéraire Et Artistique Et Du Droit de Représentation. Paris : Générale de Jurisprudence, 1894, p. 491-514.

82 BOUVILLE, Mathieu. Plagiarism: Words and Ideas, *Sci Eng Ethics* (2008) 14:311–322, DOI 10.1007/s11948-008-9057-6. "Since the core of science are facts and theories, not words, new experimental results and new models are the basis of new scientific knowledge. [YILMAZ, I. (2007). Plagiarism? No, we're just borrowing better English. *Nature*, 449-658] is right when he writes: "our results are [original]—and these are the most important part of any scientific paper." (...) To scientists, plagiarism is akin to "the commercial crime of 'passing off', by which a manufacturer may seek to claim a distinguished brand-name for inferior goods" [MADDOX, J. (1995). Plagiarism is worse than mere theft. *Nature*, 376-721]. Concretely, "the thieving author win[s] credit for notions that are not original" [Maddox, op. cit.,] and receives awards and promotion for the work of others. This is related to the previous argument in that the plagiarist steals citations, fame, royalties, etc. from the plagiarized—what one gains the other loses. Once again, this applies only to intellectual contribution, not mere words: a plagiarist will not gain much by copying verbatim a paragraph that contains no original idea."

lhante ao crime comercial do inculcamento, pela qual um fabricante se utiliza de uma marca famosa para identificar bens inferiores". Concretamente, 'o autor que furta ganha crédito por noções que não são originais e recebe prêmios e promoção para o trabalho dos outros. Isto está relacionado com o argumento anterior, de que o plagiador rouba citações, fama, royalties, etc., daquele a quem plagia - o que ele ganha o outro perde. Mais uma vez, isto se aplica apenas a contribuição intelectual, não a meras palavras: um plagiador não vai ganhar muito, copiando literalmente um parágrafo que não contém nenhuma idéia original.

O que nota o autor é que para a prática científica as palavras são apenas um meio de conduzir ao conhecimento ao espaço da comunicação; diversamente do poeta, cuja construção é não só através das palavras, mas com as palavras<sup>83</sup>, “um resultado experimental que é descrito usando palavras diferentes não é um resultado diferente e sua importância científica não é afetada pela redação”<sup>84</sup>.

A análise que se leu acima enfatiza os interesse privados (ainda que não de natureza autoral) dos cientistas e pesquisadores. Já vimos que estes interesses privados têm uma potencialidade patrimonial, ainda que não diretamente vinculada a royalties ou a vedação de cópia. É o que denominamos *proveitos econômicos indiretos da criação*.

A exigência para que ocorram esses efeitos patrimoniais de caráter não rentista, como nota Landes e Posner, é exatamente que não se oculte a origem das idéias, fatos e informações - vedando-se o plágio<sup>85</sup>.

---

83 Sobre isso, a observação de CASTELVETRO, Ludovico. Poética d'Aristóteles vulgarizzata et sposta. Basilea, 1576, p. 583-584. (...) le quali si sanno sommariamente, e non particolarmente per historia, o per fama, acciocche il poeta non si parta dall'istoria o dalla fama nelle cose pertinenti u, re, in quanto seguita quello che sene sa, at egli habbia campo da essercitare il suo officio in quanto finge la particolarita, secondo che gli toma bene, poi che non ci e testimonianza ne dell'istoria ne della fama contraria o diversa, che lo possa riprovare per falsario. (...) Et e da sapere, che il poeta nella verita o nella fama de l'attioni reali, o de l'attioni miracolose divine principali, non e rassomigliatore, e per conseguente in questa parte, non e poeta, si come non e poeta, quando scrive in verso alcuna historia, secondo che s'e veduto di sopra." Disponível em: [http://www.archive.org/stream/cu31924027093362/cu31924027093362\\_djvu.txt](http://www.archive.org/stream/cu31924027093362/cu31924027093362_djvu.txt) Acesso em: 11/1/2012. Agradeço a Flávio de Campos, em correspondência de 10/07/03, esta importante precisão sobre a relação entre as ideias e fatos e o fazer poético que o transforma, fingindo os detalhes em que a história é silente. "Ocorre que – ao contrário do que ocorre com a informação científica, jornalística ou factual, o acesso à obra em si é insubstituível. Não há distinção entre forma e conteúdo numa obra de arte, eis que a informação que nela se contém é a própria forma." BARBOSA, Denis Borges, Domínio Público e Patrimônio Cultural, In: Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz. (Org.). Direito da Propriedade Intelectual. 01 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

84 Idem, ibidem. "Scholarship means creating new knowledge. Words are only a means to communicate this knowledge; the knowledge itself is made of facts, concepts, etc. A scientist whose ideas are weak is certainly not a good scientist; a scientist whose English is weak can be a good scientist. [LOUI, M. C. (2002). Seven ways to plagiarize: Handling real allegations of research misconduct. Science and Engineering Ethics, 8, 529–539.] An experimental result that is described using different words is not a different result and its scientific importance is not affected by the wording. This can be contrasted with poetry for instance: words are what poetry is all about, "the wording is the essence of the novelty" [VESSAL, K.; HABIBZADEH, F. (2007). Rules of the game of scientific writing: Fair play and plagiarism. LANCET. p. 369-641]. A poet who does not have a way with words is a poor poet. A poem that is paraphrased is a different poem the two may have vastly different merits."

85 LANDES e POSNER, op. cit., p. 48: "The social norm against plagiarism reinforces the conferral of prestige by publishing; to the extent that the norm is enforced, whether by ostracism, ridicule, or other means, it ensures that the author will obtain recognition, if not always royalties, from the works he publishes. The label of "plagiarist" can ruin a writer, destroy a scholarly career, blast a politician's chances for election, and cause the expulsion of a student from a college or university; and

## O interesse público na revelação da fonte das idéias e informações

Interessa-nos, porém outra vertente: a do interesse societal de que a atribuição à origem correta seja garantida.

Para isso, passemos a outra fonte: o MLA Handbook <sup>86</sup>. A obra, que talvez seja a mais consultada pelos acadêmicos americanos, enfatiza que o uso de idéias, expressão e informação é academicamente recusável e, em alguns casos, contra direito <sup>87</sup>. Note-se que apenas a expressão *original* seria objeto de proteção autoral, no direito pertinente.

A ênfase na atribuição, diz o texto, não se volta exclusivamente em assegurar as vantagens patrimoniais ou a nomeação ao autor, mas essencialmente em garantir a veracidade da informação transmitida, permitindo a consulta às fontes originais; e esse instrumento é tanto mais relevante, pois os dados de pesquisa tendem a influenciar comportamentos, políticas públicas e decisões pessoais <sup>88</sup>. Assim, diz o texto em questão, essa falta de atribuição fere essencialmente valores públicos, e não só privados <sup>89</sup>.

De outro lado, as peculiaridades da escrita jurídica também se prestam a um rigor similar. Embora este subscritor recuse veementemente qualquer teor científico à doutrina jurídica <sup>90</sup>, a necessidade de atribuição da origem alheia de idéias e in-

---

so the norm against plagiarism helps to secure for original authors a return, though not necessarily a pecuniary one, for their originality."

86 MODERN LANGUAGE ASSOCIATION OF AMERICA – MLA. Handbook for Writers of Research Papers 51-61 (7th ed. 2009).

87 Op. cit., p. 52. "Plagiarism involves two kinds of wrongs. Using another person's ideas, information, or expressions without acknowledging that person's work constitutes intellectual theft. Passing off another person's ideas, information, or expressions as your own to get a better grade or gain some other advantage constitutes fraud. Plagiarism is sometimes a moral and ethical offense rather than a legal one since some instances of plagiarism fall outside the scope of copyright infringement, a legal offense."

88 Op. cit., loc. cit.: "Because research has the power to affect opinions and actions, responsible writers compose their work with great care. They specify when they refer to another author's ideas, facts, and words, whether they want to agree with, object to, or analyze the source. This kind of documentation not only recognizes the work writers do; it also tends to discourage the circulation of error, by inviting readers to determine for themselves whether a reference to another text presents a reasonable account of what that text says. Plagiarists undermine these important public values. Once detected, plagiarism in a work provokes skepticism and even outrage among readers, whose trust in the author has been broken."

89 Idem, p. 53: "The serious consequences of plagiarism reflect the value the public places on trustworthy information." Assim também entende BOUVILLE, op. cit.: "Two negative consequences of plagiarism are that "readers are unable to reconstruct the route by which [ideas] have come to see the light of day" [MADDOX, op. cit.] and that "when citations are left out of documents, the reader is deprived of one of the most fruitful ways of seeking additional resources related to the paper topic" [SNAPPER, J. W. (1999). On the Web, plagiarism matters more than copyright piracy. Ethics and Information Technology, 1, p. 127-136]."

90 BARBOSA, Denis Borges, A Causa e a Autoridade (Porque Direito não é Ciência). Eficácia do Decreto Autônomo (Estudos de Direito Público), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com//135.doc>. Acesso em: 19/01/2012. "De outra parte, a dogmática não visa à atuação no nível puramente abstrato, como o faz a ciência e, pelo menos à luz de suas propostas assumidas explicitamente, a ideologia. Não se entende a jurisprudência sem a interpenetração da "ciência" e do "hábito de aplicá-la". A poiesis é a justificação da auctoritas, e a "ciência" é uma produção de auctoritas; o que é o mesmo que dizer: o pensamento jurídico serve para criar normas, e as normas criadas pelo pensamento jurídico servem para

formações atende uma necessidade intrínseca da construção do discurso jurídico, que é o robustecimento da *auctoritas*<sup>91</sup>. Assim, aqui também, por outros motivos, se encontra uma justificativa de caráter transindividual para a recusa à ocultação da origem.

A ocultação de fontes, assim, é particularmente daninha ao discurso jurídico, naquilo que reduz a autoridade do próprio texto. A revelação das origens é medida de eficácia do discurso próprio, ainda que seja para indicar e justificar a contribuição pessoal ao *corpus* da doutrina<sup>92</sup>. Assim, sempre pertinente a observação de Le Vayer, de que dever-se dizer daquele que oculta suas fontes « *non seulement qu'il est plagiaire, mais aussi qu'il l'est maladroitement...* ».

Assim, seja no campo dos conhecimentos, seja na construção doutrinária, há um claro interesse da sociedade em que a correta origem dos fatos, idéias e informações sejam enunciadas claramente.

Na verdade, como se verá a seguir, a estrutura dos direitos autorais secularmente se volta a assegurar que a prática acadêmica seja protegida do efeito das exclusivas autorais, exatamente para que as idéias e informações possam ter livre fluxo e enriqueçam a humanidade<sup>93</sup>; e para isso, a importância da atribuição e sindicabi-

---

atuações sociais concretas. (...) O efeito de autoridade aí é possível porque a jurisprudência, em sua vertente "científica", surge como uma construção coerente, lógica. No dizer de Dante [Dante. A Comédia Humana, O Paraíso. p. 1103.], "todas as coisas são arranjadas segundo certa ordem, e é esta ordem que constitui a forma pela qual o universo assemelha-se a Deus". A coerência do sistema jurídico corresponde à ordem natural, e também à ordem da ciência. O dado transplantado está assim valorado como se estivesse no sistema em que foi produzido; há uma verossimilhança de autoridade científica, resultante do poder intrínseco da logicidade e da correspondência. Desta forma, a utilização da metodologia de pesquisa científica em Direito, naquilo que o jurista, o advogado e o magistrado reconhecem como sendo o Direito, tem como resultado a produção de autoridades, ou seja, algo muito diverso do efeito de conhecimento que seria o propósito da ciência."

91 "La pratique des citations, dont la masse, dans certains cas, revêt une ampleur impressionnante, répond apparemment à deux besoins différents. Le premier est d'indiquer avec précision la source à laquelle l'auteur a puisé l'idée qu'il exprime ou l'opinion qu'il défend. Sur ce point, la pratique des juristes, imposée au demeurant par le respect des droits d'auteur, n'est guère différente de celle qui est en honneur dans les autres disciplines scientifiques. Mais il y a, en droit, une autre raison, plus subtile, à l'accumulation des citations doctrinales et jurisprudentielles et qui se rattache étroitement à la problématique même de la vérité juridique. Dire vrai, en droit, comme l'a clairement démontré C. Perelman, c'est énoncer une proposition de nature à convaincre un auditoire de juristes. Mais, comme il n'est évidemment pas possible de convoquer physiquement un tel auditoire, force est de puiser dans tout ce que les juristes et les juges ont publié pour y déceler les signes d'un acquiescement ou d'un rejet des propos qui leur sont ainsi fictivement soumis. De là, l'importance que revêt l'appareil de références, conçu non plus comme un appel aux idées d'un auteur déterminé, mais à celles, anonymes, de la communauté des juristes dont il convient de dégager la « communis opinio » ou, à défaut, d'isoler les courants de pensée, pro et contra, qui s'y expriment. Par là s'affirme le sentiment – fondé – des auteurs, que l'oeuvre du droit n'est jamais celle d'un seul, car chacun a besoin des autres pour que le droit conserve ce qui est une de ses caractéristiques essentielles, à savoir son unité et sa cohérence, gages de la sécurité des justiciables." , DE TERWANGNE, Cécile ; HACHEZ, Isabelle ; RORIVE, Isabelle ; BERNARD, Nicolas ; DOCQUIR, Pierre-François ; MOREAU, Pierre ; QUERTAINMONT, Philippe ; VAN WAEYENBERGE, Arnaud. Guide Des Citations, Références et Abréviations Juridiques. Belgium :Wolters Kluwer, Cinquième édition, 2010. O trecho citado é do Prefácio de 1990, de ORIANNE, Paul, p. X.

92 ORIANNE, Paul, op. cit.: "Il y a simplement que, pour s'imposer et convaincre l'auditoire des juristes, une opinion nouvelle ne peut faire fi de celles qui l'ont précédée et qu'elle doit être étayée d'une argumentation propre à rencontrer celles qui ont été antérieurement énoncées ou accueillies, et à mettre en évidence tous les effets directs et indirects que son adoption peut entraîner sur l'ordre juridique tout entier. Car il n'est de véritable progrès du droit que dans sa globalité. »

93 BEZANSON, Randall; P. MILLER, Joseph. Scholarship and Fair Use. Columbia Journal of Law & the Arts, v.. 33, march/2010; U Iowa Legal Studies Research Paper n° 10-13. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1561846>. "Schol-

lidade da informação livre antes completa a função, do que se opõe ao direito autoral.

### Os pressupostos da tutela desse interesse não protegido por direito autoral

Para se reconhecerem esses interesses privados, e se prestigiarem os interesses coletivos de que recém se falou, é preciso definir quais ações humanas serão objeto do dever de atribuição.

Como indicamos anteriormente, os interesses relativos ao ato humano de criação, para que seja suscetível de imputação, e daí vedação de plágio, pressupõem a satisfação de alguns requisitos. Todos esses requisitos dizem respeito primordialmente aos efeitos sociais do ato inaugural, sem desmerecer a carga de dedicação e de dignidade humana de outras ações humanas que não atinjam esse patamar.

Pois há que se ter uma *criação* intelectual.

Não haverá criação, para esses propósitos, no simples aporte de trabalho, esforço ou investimento sem *realização* específica; essa realização será um *corpus*, como o a descoberta de um novo astro, ou a configuração de uma concepção abstrata, ou a reunião de dados significativos que sejam necessários ao prosseguimento de uma pesquisa; excluídos, pois interesses que não alcancem uma realização a esse título *para os efeitos de atribuição da origem de que se fala*<sup>94</sup>.

De outro lado, essa realização será dotada dos dois requisitos de *objetividade* (que não seja exclusivamente contido na sua subjetividade do originador); e de pertinência ao discurso da ciência, da doutrina, etc. Ou seja, que nesse discurso tenha “uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante”.

Finalmente, não haverá interesse a reconhecer se a realização replicar, sem acréscimo, contribuição anterior já suscetível de atribuição (*novus*), ou fazê-lo de forma

---

arship has long enjoyed a privileged status in the world of ideas and information. Scholarship made it possible to assemble the past, present, and future in coherent form. With the development of printing it became the chief engine by which understanding and knowledge were disseminated in an increasingly literate world. From the very beginning of what we now call copyright, and from the very first claims of right that attached to authors and publications, scholarship was driven in law by a felt need to encourage its dissemination and by a sense that its product was common property, its production a common good, and its availability a common necessity. Knowledge and understanding are accumulative and open-ended, building on or departing from what has been said before. Their claims to ownership and control are weak. Their claim to make use of that which has come before is strong. From its very beginnings the idea of copyright has reflected these principles, sometimes permitting outright copying (what we would today call plagiarism) in the interest of broadened distribution of knowledge and understanding. The distinct and privileged status of scholarship has persisted throughout copyright's history, even to the present."

94 Embora não para efeitos de preito de gratidão ou reconhecimento do esforço. como menciona o TRF4, AC 410209 CE, que exatamente distingue entre labuta e criação: "tendo o seu nome constado expressamente no catálogo publicado, a título de apoio, bem como no prefácio e na apresentação, como uma das pioneiras no levantamento dos documentos em questão...".

tão marginal que a imputação não contribua em nada aos requisitos objetivos de veracidade, coerência e sindicabilidade do discurso <sup>95</sup>.

### A proibição da ocultação da origem como infração deontológica

No campo específico da ética das várias profissões, conta-se com o interessante estudo de Marcelo do Espírito Santo <sup>96</sup>, que lista as inserções dos vários códigos dos conselhos:

A Resolução do Conselho Federal de Psicologia disciplina o tema em seu art. 31, pelo qual, os psicólogos na divulgação e publicação de pesquisas e artigos científicos, devem mencionar as contribuições de caráter prestadas por assistentes, colaboradores ou por outros autores; recomendando que estas contribuições, quando não preenchem os critérios de autoria, sejam ser feitas nos "Agradecimentos" (Brasil, 1987).

Nesse item é possível a citação da chefia que deu apoio à pesquisa, à participação na coleta de dados, sem envolvimento intelectual, aos auxílios técnicos, à obtenção de recursos materiais e financeiros, especificando a característica destes.

Os critérios de autoria são também abordados em outros Códigos de diferentes profissões. O Código de Ética Médica regula igualmente o tema, vedando ao médico em seu art. 137, "publicar em seu nome trabalho científico do qual não tenha participado; atribuir-se autoria exclusiva de trabalho realizado por seus subordinados ou outros profissionais, mesmo quando executados sob sua orientação" (Brasil, 1988).

O art. 38 do Código de Ética de Odontologia considera "infração ética: I - aproveitar-se de posição hierárquica para constar seu nome na coautoria de obra científica; II - apresentar como sua, no todo ou em parte, obra científica de outrem, ainda que não publicada; IV - utilizar-se, sem referência ao autor ou sem sua autorização expressa, de dados, informações ou opiniões coletadas em partes publicadas ou não de sua obra" (Brasil, 2003).

Os biólogos têm em suas relações profissionais as restrições do art. 8.º de seu Código de Ética que proíbe: "III - Apropriar-se indevidamente, no todo ou em parte, de projetos, idéias, dados ou conclusões de Biólogos ou de outros profissionais, devidamente publicados ou comprovadamente divulgados; IV - Publicar em seu nome trabalho científico do qual não tenha participado, ou atribuir-se autoria exclusiva de trabalho realizado por seus subordinados, colaboradores ou outros profissionais, mesmo se executado sob sua orientação" (Brasil, 1991).

“Os Fisioterapeutas têm em seu Código de Ética, no art. 8.º, a seguinte restrição: XV - permitir que trabalho que executou seja assinado por outro profissional, bem como assinar trabalho que não executou, ou do qual não tenha participado” (Brasil, 1978).

---

95 O leitor notará que esse requisito é da mesma natureza (índice mínimo de relevância) que a originalidade imposta às obras intelectuais para aceder à exclusiva; mas de menos intensidade. Coisa análoga se dá entre as patentes de invenção e de modelo de utilidade no direito brasileiro, entre as quais o nível de relevância é sensivelmente diverso.

96 ESPÍRITO SANTO, Marcelo do. Omissão e inclusão indevida de créditos autorais: aspectos peculiares da autoria e coautoria das criações intelectuais, Revista de Direito Privado. v. 32, out/2007, D'IR\2007\626, p. 201.

Um exemplar de Código Deontológico resolutivo que foge à regra dos demais códigos quando o assunto é autoria e coautoria é o Código de Ética dos Advogados do Brasil. Esse código, apesar da grande produção destes profissionais no exercício de suas atividades, não faz menção ao tema. Entretanto, o Estatuto dos Advogados, a Lei 8.906, de 04.07.1994, prevê em seu art. 34, V, as seguintes sanções disciplinares:

"Art. 34. Constitui infração disciplinar: V - assinar qualquer escrito destinado a processo judicial ou para fim extrajudicial que não tenha feito, ou em que não tenha colaborado;"

Interessante observar, apesar das orientações de seu estatuto, que a prática dos advogados, que em tese deveriam ser os guardiões da lei, não considera infração a apropriação de trabalhos realizados por colegas <sup>97</sup>.

Também se nota preocupação idêntica em muitos outros códigos de ética, como por exemplo, do Conselho Federal de Enfermagem <sup>98</sup>:

Art. 99 - Divulgar ou publicar, em seu nome, produção técnico-científica ou instrumento de organização formal do qual não tenha participado ou omitir nomes de coautores e colaboradores.

Art. 100 - Utilizar sem referência ao autor ou sem a sua autorização expressa, dados, informações, ou opiniões ainda não publicados.

Art. 101 - Apropriar-se ou utilizar produções técnico-científicas, das quais tenha participado como autor ou não, implantadas em serviços ou instituições sem concordância ou concessão do autor.

Art. 102 - Aproveitar-se de posição hierárquica para fazer constar seu nome como autor ou coautor em obra técnico-científica.

E no instrumento correspondente do Conselho de Biologia <sup>99</sup>:

"Art. 25 - O Biólogo não deve publicar em seu nome trabalho científico do qual não tenha participado ou atribuir-se autoria exclusiva de trabalho realizado em cooperação com outros profissionais ou sob sua orientação.

Art. 26 - O Biólogo não deve apropriar-se indevidamente, no todo ou em parte, de projetos, idéias, dados ou conclusões, elaborados ou produzidos por grupos de pesquisa, por Biólogos ou outros profissionais, por orientandos e alunos, publicados ou ainda não publicados e divulgados.

---

97 Há pronunciamento do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na (2039ª Sessão - 80ª Reunião), 19 de outubro de 2010, contra a prática de plágio acadêmico. Disponível em: <http://www.oab.org.br/Institucional/Instituicao/DetAta/164?search=pl%C3%A1gio>. Acesso em: 10/01/2012. Tal recomendação foi ecoada pelo CAPES em manifestação de 4/01/2011. Disponível em: [http://www.unesp.br/cgb/mostra\\_arq\\_multi.php?arquivo=7602](http://www.unesp.br/cgb/mostra_arq_multi.php?arquivo=7602). Acesso em: 13/01/2012.

98 Disponível em [http://site.portalcofen.gov.br/sites/default/files/resolucao\\_311\\_anexo.pdf](http://site.portalcofen.gov.br/sites/default/files/resolucao_311_anexo.pdf). Acesso em: 10/01/2012.

99 Resolução nº 2, de 05 de março de 2002. Conselho Federal de Biologia – Cfbio. Disponível em: [http://cfbio.gov.br/conteudo.php?pagina=Codigo\\_de\\_Etica](http://cfbio.gov.br/conteudo.php?pagina=Codigo_de_Etica). Acesso em: 11/01/2012.

Art. 27 - O Biólogo não deve utilizar, na divulgação e publicação de seus próprios trabalhos, quaisquer informações, ilustrações ou dados, já publicados ou não, obtidos de outros autores, sem creditar ou fornecer a devida referência à sua autoria ou sem a expressa autorização desta."

## E do Conselho Federal de Farmácia <sup>100</sup>,

Art. 15 - É vedado ao farmacêutico:

- I. divulgar assunto ou descoberta de conteúdo inverídico;
- II. publicar, em seu nome, trabalho científico do qual não tenha participado ou atribuir-se autoria exclusiva quando houver participação de subordinados ou outros profissionais, farmacêuticos ou não;
- III. promover publicidade enganosa ou abusiva da boa fé do usuário;
- IV. anunciar produtos farmacêuticos ou processos por meios capazes de induzir ao uso indiscriminado de medicamentos;
- V. utilizar-se, sem referência ao autor ou sem a sua autorização expressa, de dados ou informações, publicados ou não;
- VI. “promover pesquisa na comunidade, sem o seu consentimento livre e esclarecido, e sem que o objetivo seja a proteção ou a promoção da saúde.”

Tais são apenas exemplos, cujo propósito é indicar a extensão e natureza da reprovabilidade da prática. Embora não se tenha exatamente uma tutela deontológica através dos conselhos profissionais no caso de muitas práticas científicas ou de pesquisa, a questão da ocultação de origem tem-se tornado premente na prática brasileira <sup>101</sup>. A regulação da matéria tem sido inserida em regulamentos de cursos <sup>102</sup> e ou em Códigos Disciplinares Discentes <sup>103</sup>.

---

100 Resolução nº 417 de 29 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.cff.org.br/pagina.php?id=167&titulo=C%C3%B3digo+de+%C3%89tica>. Acesso em: 11/01/2012.

101 Há uma pluralidade de estudos brasileiros sobre o plágio científico, ainda que sem cunho reflexivo crítico. Numa perspectiva mitologicamente mais consequente, vide SARAIVA, Ernani Viana; CARRIERI, Alexandre de Pádua. Citações e não citações na produção acadêmica de estratégia no Brasil: uma reflexão crítica. *Rev. Adm. (São Paulo)*, São Paulo, v. 44, n. 2, jun. 2009. Disponível em [http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0080-21072009000200006&lng=pt&nrm=iso](http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-21072009000200006&lng=pt&nrm=iso). Acessos em: 10/01/2012. Também BARBASTEFANO, Rafael Garcia; SOUZA Cristina Gomes de. Percepção do conceito de plágio acadêmico entre alunos de engenharia de produção e ações para sua redução. Disponível em: [producaonline.org.br/index.php/rpo/article/download/52/52](http://producaonline.org.br/index.php/rpo/article/download/52/52). Acesso em: 10/01/2012.

102 FACULDADE DE DIREITO; UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Resolução Conjunta nº 01/2011. Conselho Setorial/ Colegiado do Curso. Regulamenta a elaboração e a defesa de Trabalho de Conclusão de Curso – TCC. Art.15. Se o Orientador ao ler a versão final do TCC verificar a existência de plágio, deverá imediatamente reprovar o aluno, podendo inclusive ser anulado o requerimento para a realização da banca examinadora. §1º Considera-se a configuração de plágio, para fins de reprovação do aluno de Direito da UFPR, quando o trabalho de conclusão de curso apresentar os seguintes vícios: I – contiver palavras do autor ou paráfrase, sem o devido crédito, bastando para caracterizar o plágio à presença de 5 (cinco) ou mais linhas nesta situação, contínuos ou não, em todo o trabalho ou não; II – quando há a atribuição de crédito ao autor, porém são utilizadas palavras exatamente iguais as dele, sem indicar a transcrição com o uso de aspas ou recuo de texto, bastando para caracterizar o plágio à presença de 5 (cinco) ou mais linhas nesta situação, contínuos ou não, em todo o trabalho ou não. III – não será considerado crédito ao autor a mera denotação da sua referência ao final do TCC, no item destinado às referên-

## Dos efeitos da infração deontológica

Como notam Landes e Posner, a vedação do plágio seria melhor sancionada “*by ostracism, ridicule, or other means*”<sup>104</sup>. O pesquisador que incorresse em plágio passaria a ser mal visto, mal falado e perderia bolsas e contratos<sup>105</sup>.

Provavelmente tais meios serão eficazes, num ambiente em que apenas entre 0,2% a 0,02% dos textos são plagiados<sup>106</sup>, como ocorre entre as publicações científicas relevantes nos países da OECD. Neste contexto, a ocultação de origem é comportamento marginal, e a execração é fácil.

Porém, num dos raros estudos quantitativos quanto à ocorrência de plágio entre nós em trabalhos científicos (ou pelo menos acadêmicos), verificou-se ocorrência de 26% de algum ocultamento de origem alheia<sup>107</sup>. Assim, a se julgar de tais dados, aqui o ocultamento é comportamento corriqueiro, mesmo se não sentido

---

cias bibliográficas, sendo necessária também a sua menção expressa quando da reprodução de suas palavras ou frases no trecho específico do TCC, em rodapé; IV – no caso da presença de plágio, na forma dos incisos I ou II, em trechos correspondentes a menos de 5 (cinco) linhas, contínuos ou não, caberá apenas advertência ao aluno, sendo permitida a sua aprovação no tocante a este critério. §2º O plágio é ilícito administrativo, que deve ser caracterizado em caráter objetivo, sendo irrelevante a verificação da boa-fé do aluno autor. Disponível em: <http://www.direito.ufrgs.br/pdf/editais/RESOLU%C3%87%C3%83O%20MONOGRAFIA%2011.01.12.pdf>. Acesso em 12/01/2012.

103 Por exemplo, a UFRGS na Resolução nº 07/2004 – alterações promovidas no texto – Resolução nº 66/2009. Art. 9º. São infrações disciplinares discentes graves: (...) IX – plagiar, total ou parcialmente, obras literárias, artísticas, científicas, técnicas ou culturais; (...) X – apresentar, em nome próprio, trabalho que não seja de sua autoria. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cepe/legislacao/Res07-04.htm>. Acesso em: 14/01/2012.

104 No Little Book, Posner utiliza formula similar: “the kind of wrongdoing best left to informal, private sanctions” incluindo “ostracism, ridicule, and cancellation of contracts.”

105 “Ao final da manhã em que falou sobre o caso, ele admitiu estar apreensivo quanto ao seu desfecho. Disse preparar-se para o pior. No cenário mais pessimista, vê-se exonerado da UFMT, tendo que mudar de carreira e sem qualquer experiência que não seja com ensino ou pesquisa. Ele não consegue vislumbrar um final favorável. Ainda que continue na universidade, teme ficar desacreditado e ter dificuldades para obter financiamento para suas pesquisas. Quando as denúncias vieram à tona, estava prestes a dar entrada para comprar um apartamento. Preferiu esperar. “Minha vida pessoal está completamente parada.” ESTEVES, Bernardo. Os alquimistas. Químicos acusados de forjar resultados de onze estudos colocam o Brasil no mapa da fraude científica mundial. Revista Piauí, nº. 60. Disponível em: <http://revistapiaui.estadao.com.br/edicao-60/anais-da-ciencia/os-alquimistas>. Acesso em: 12/01/2012. Por mais intensos que sejam esses efeitos da acusação de plágio, ainda serão menores do que em outros tempos e culturas, como nota Nimmer: “The sting that comes from an accusation of plagiarism predates even the advent of copyright law, As Temo Doi points out to this writer, a Japanese No play dating back to the Fourteenth Century dramatizes how a false accusation of copying poetry almost led the wrongly accused to commit suicide. “Komachi Clears Her Name” in Ono No Komachi 82-130 (1993) (TELLE, Roy E.; TELLE, Nicholas J.; TELLE & TELLE H. Rebecca, trans.)” NIMMER, David; NIMMER, Melville B. Copyright. v. 3., ed. Lexis Nexis:

106 Os dados são de BOUVILLE, op. cit., mencionando como fontes CLAXTON, L. D. (2005). Scientific authorship — Part 1. A window into scientific fraud? Mutation Research, 589, 17–30. ERRAMI, M.; GARNER, H. (2008) A tale of two citations. Nature, 451, 397–399. SOROKINA, D.; GEHRKE, J.; WARNER, S.; GINSPARG, P. (2006). Plagiarism detection in arXiv. Proceedings of the Sixth International Conference on Data Mining 1070–1075.

107 SARAIVA, Ernani Viana; CARRIERI, Alexandre de Pádua. Citações e não citações na produção acadêmica de estratégia no Brasil: uma reflexão crítica. Rev. Adm. (São Paulo) [on line]. 2009, v.44, nº 2, p. 158-166. ISSN 0080-2107, que encontraram “26 trabalhos em um conjunto de cem artigos aprovados e publicados”. O corpo analisado foi “toda a publicação aprovada no 3Es de 2005 com a anterior feita no 3Es de 2003, assim como com a publicação nos anais do EnAnpad do período de 1997 a 2005”.

como aceitável <sup>108</sup>. Neste contexto, a simples sanção social não parece ser suficiente <sup>109</sup>.

Uma errônea noção de que se trata de uma proibição sem conteúdo – reprovabilidade sem legitimidade – talvez justifique tais índices. Mas o ocultamento não é apenas uma questão moral ou ética – assim relativa ao grupo social e ao tempo – e sim funcional. Como já se notou, a recusa do ocultamento da origem é “parte do mecanismo estruturante do modo de produzir ciência” <sup>110</sup>.

### Ofensa tanto ao discurso da ciência quanto ao bem público

Ocorre que, na estrutura acadêmica brasileira, raramente o ocultamento da origem se reduz apenas a uma lesão ao discurso da ciência. Muitos dos plagiadores incorrem no ocultamento com o fim de obterem graus, ou promoções, vantagens administrativas ou empregatícias. Assim, o plágio é causa indireta de violação de deveres funcionais ou laborais, e a sanção é correlativa.

Na esteira do que propugna Posner, muitas vezes se persegue, através da (des)publicação, ou processos disciplinares, o opróbio e o ostracismo, aliados à perda de recursos e de bolsas <sup>111</sup>. Com efeito, os mecanismos da responsabilidade civil, em face de infratores dessa natureza, muitas vezes são limitados pela inca-

---

108 89,66% dos pesquisados (estudantes de pós-graduação) entendem que plágio seria crime, segundo FACHINI, Gilson Jobber; DOMINGUES, Maria José Carvalho de Souza. Percepção do plágio acadêmico entre alunos de programas de pós-graduação em administração e contabilidade, encontrado em <http://www.ead.fea.usp.br/semead/11semead/resultado/trabalhosPDF/842.pdf>. Acesso em: 10/01/2012. Este estudo é pesquisa de opinião entre estudantes e profissionais, não análise textual. No estudo de BARBASTEFANO, Rafael Garcia; SOUZA, Cristina Gomes de. Percepção do conceito de plágio acadêmico entre alunos de engenharia de produção e ações para sua redução. Revista Produção [on line], Florianópolis, Edição Especial, dez/2007. Disponível em: <http://producaoonline.org.br/index.php/rpo/article/view/52/52>, Acesso em: 12/01/2012, este percentual é de apenas 48%, provavelmente por ter incluído na pesquisa a opção “infração civil”, o que a pesquisa anterior não fez.

109 Numa obra difusa e assistemática, GIURATI, Domenico. Il Plagio, Ulrico Hoepli. Milão, 1903, p. 451, o autor nota que a sociedade protetora dos animais tem maior eficácia social do que as sociedades arrecadadoras, eis que haveria cada vez mais intensa rejeição ao mau tratamento dos irracionais, mas sempre algum beneplácito ao plágio.

110 “Tudo isso nos mostra que, afinal, a citação, no discurso científico, não é apenas uma questão moral, mas funcional, ou seja, ela faz parte do mecanismo estruturante do modo de produzir ciência. Não é um fenômeno marginal, mas substantivo”. ORLANDI, Eni de Lourdes Puccinelli. As formas do silêncio: no movimento dos sentidos. 3º ed., Campinas (SP): Unicamp, 1995.

111 Um exemplo deste tipo de iniciativa, derivada de nossa própria prática profissional: “12. Que a pedido de V.Sa., a revista XXX publique uma nota em sua próxima edição indicando que a autoria do artigo foi incorretamente atribuída a plagiador, tratando-se ser tal artigo muito semelhante à obra anterior de outra autora. Pedimos que nos mandassem uma confirmação do Editor da revista afirmando que publicará a referida nota na próxima edição. 13. Nossa cliente requer também que V.Sa. dirija expedientes às autoridades universitárias da Universidade Federal de (estado) e às autoridades da área de Ciências Sociais do CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) e do CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) indicando para todos os efeitos administrativos, que V.Sa. solicite que não seja levado em conta seu artigo, inclusive para satisfação dos deveres acadêmicos. Faz-se necessário que nestes expedientes constem que lhe foi trazido à atenção que o artigo de sua autoria, em sua substância reproduz a obra denominada YYY de autoria da Dra. plagiada. Pedimos igualmente, que nos mande cópias destas cartas protocoladas junto às administrações da Universidade Federal de (estado), do CNPq e do CAPES.”

pacidade de fazer frente às indenizações, constringidas pela natureza alimentar dos ingressos dos réus.

Tal é ainda mais relevante quando – como se verá – aparentemente a resposta do direito penal brasileiro à usurpação da autoria foi eliminada pela revogação do art. 185 do Código Penal <sup>112</sup>.

Na reprovação, no entanto, resguardo do devido processo legal

Não obstante a relativa informalidade das sanções sociais <sup>113</sup> e a natureza de regulação interna das deontológicas cabe sempre enfatizar que são elas condicionadas pelos princípios constitucionais do devido processo legal. Obrigatório, assim, o procedimento regular de apuração e conclusão, com ampla defesa; como indica a casuística:

MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - ENSINO SUPERIOR - UNIVERSIDADE PARTICULAR - REPROVAÇÃO EM TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - CONSTATAÇÃO DE PLÁGIO - LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. 1- Não constitui ofensa a direito líquido e certo a reprovação da impetrante, por estar configurado o plágio no trabalho de conclusão de curso apresentado, conforme se constata das informações prestadas pela autoridade impetrada, no sentido de que houve a reprodução de trechos de artigos publicados na internet, sem aspas ou formato de citação, como se fossem redigidos pela própria autora da monografia. 2- O ato de reprovação da aluna não pode ser classificado de ilegal ou arbitrário, eis que devidamente fundamentado e lastreado nas normas internas da instituição. Ademais, o artigo 207 da Constituição Federal assegura às universidades autonomia didático-científica, de modo que não cabe ao Poder Judiciário rever o mérito dos atos praticados no exercício dessa autonomia. 3- Não há previsão de concessão de prazo para a correção do trabalho nos 'Critérios e Procedimentos para Avaliação de Monografias de Conclusão do Curso de Economia' divulgados pela Faculdade, não se verificando, outrossim, o alegado cerceamento do direito de defesa, porquanto foi oportunizado o direito à revisão da nota final do trabalho, o qual foi plenamente exercido. 4- Constitui faculdade do orientador requerer que o autor da monografia seja submetido a exame oral, e desde que tenha ocorrido mera suspeita de plágio, e não a efetiva constatação deste, como no caso dos autos. 5- Apelação a que se nega provimento. (AMS 200761000299530, Juiz Lazarano Neto, TRF3 - Sexta Turma, 15/12/2009)

"Administrativo - anulação de ato que negou título em mestrado. I - não são incompetentes o conselho de ensino e pesquisa e conselho universitário para, em conjunto, apreciarem denúncia de plágio em tese de mestrado. II - inexistiu cerceamento de defesa, pois

---

112 BRASIL. Lei n.º 10.695, de 1 de julho de 2003 – DOU de 02/07/2003.. Altera e acresce parágrafo ao art. 184 e dá nova redação ao art. 186 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, alterado pelas Leis nos 6.895, de 17 de dezembro de 1980, e 8.635, de 16 de março de 1993, revoga o art. 185 do Decreto-Lei no 2.848, de 1940, e acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/2003/10695.htm>. Acesso em: 18/01/2012.

113 Uma ponderação que cumpre fazer é que o reparo do plágio por sanções sociais é severamente contido pelos imperativos da dignidade humana. A reprovabilidade de uma conduta não justifica a constrição moral abusiva, e a busca da reparação através de meios indiretos, como os que se exemplificou, deve ser a todo tempo condicionada pela tutela do limiar insuperável da proteção do estamento barisférico dos valores humanos, que não será superado nem mesmo pelas sanções penais.

não ha fixação de prazo para impugnação de outorga de titulo pela universidade e foi apresentada defesa no processo administrativo. Iii- recurso improvido." TRF2, AMS 90.02.00275-0 UF, Primeira Turma, Des. Tânia Heine, 13/03/1991.

"Como bem observado pela sentença, correta a decisão que considerou competente o CRP08 - Paraná para a aplicação da penalidade, eis que tratando-se de infração veiculada por meio da internet, indiferente se mostra tratar-se de site de clínica situada em Porto Alegre, uma vez que, evidentemente, a informação ali veiculada não tem apenas abrangência local, mas encontra-se disponível em qualquer local e por todos na rede mundial de computadores. (...) Com relação à alegação de inexistência de plágio e atipicidade da conduta, o procedimento administrativo apresenta-se formalmente perfeito, com a intimação das partes e de seus defensores de todos os atos realizados no curso do processo, citação para apresentação de defesa prévia e livre acesso aos autos. Todavia, tenho que a aplicação da pena de censura pública não foi devidamente fundamentada, o que é imprescindível para a validade do ato. Isso porque, em que pese a Lei nº 5.766/71 (que Cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Psicologia, e dá outras Providências) prever dentre as penalidades aplicáveis a censura pública (art. 27, III), incumbe à autoridade julgadora fundamentar sua escolha, em detrimento de imposição de penalidade menos gravosa, como advertência e multa, que é o que prevê o art. 28 do diploma legal, verbis: Art. 28 - Salvo os casos de gravidade manifesta, que exijam aplicação imediata da penalidade mais séria, a imposição das penas obedecerá à graduação do artigo anterior. Pelo relatório conclusivo do voto da Conselheira Relatora do Conselho Regional de Psicologia, a mesma aplicou a pena de censura pública às autoras pela apropriação indevida de publicação científica alheia. Contudo, sua opção pela pena mais gravosa, está alicerçada simplesmente no fato do art.28, parágrafo único, da Lei nº5.766/71, estabelecer que serão consideradas especialmente graves as faltas diretamente relacionadas com o exercício profissional, sem considerar a primariedade das autoras e sem justificar a razão pela qual as infrações cometidas (relacionadas à apropriação indevida de texto alheio) foram consideradas "especialmente graves". Assim sendo, reformo a sentença que julgou improcedente a ação, para, dar parcial provimento à demanda, apenas para afastar a aplicação da pena de censura pública, sem prejuízo da penalidade diversa de menor repercussão, em decorrência da infração disciplinar." TRF4, AC 0031609-86.2009.404.7000/PR, 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 17 de agosto de 2010.

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DE CURSO. TRABALHO ESCOLAR. REPROVAÇÃO. PLÁGIO. Não há direito líquido e certo a ser tutelado por meio de mandado de segurança contra decisão em processo administrativo onde apurado que o trabalho das impetrantes foi cotejado com textos publicados na internet, tendo sido constatada identidade plena de vários trechos, sem indicação da fonte. A certificação da conclusão do curso não pode ocorrer sem o cumprimento integral de todas as etapas do processo de titulação, sob pena de possível inculcação de prejuízos a terceiros de boa-fé." TRF4, AMS Nº 2007.71.16.001081-0/RS, 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, JFC Márcio Antônio Rocha, 30 de julho de 2008.

"ADMINISTRATIVO. ATOS ADMINISTRATIVOS. LEGALIDADE. CONSTATAÇÃO DE PLÁGIO. 1. As universidades gozam de autonomia didático-científica, não cabendo ao Poder Judiciário dispor em sentido contrário às regras por elas estabelecidas, desde que, é claro, os atos praticados pelos administradores no exercício dessa autonomia não estiverem eivados de inconstitucionalidade ou de ilegalidade. 2. No caso, a impetrada

demonstrou que na verdade todos os procedimentos devidos para a avaliação dos acadêmicos impetrantes foram tomadas, tendo a orientadora destes decidido pela reprovação dos alunos em face da constatação de plágio nos trabalhos apresentados." TRF4, AMS Nº 2007.72.02.000744-0/SC, 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, Des. Marga Inge Barth Tessler, 12 de dezembro de 2007.

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INOVAÇÃO DE PEDIDOS NO APELO. IMPOSSIBILIDADE. TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO. PLÁGIO. OBRIGAÇÃO DE ATRIBUIR NOTA. INEXISTÊNCIA. 1. (...) A instituição de ensino não pode ser coagida a atribuir nota ao trabalho de conclusão de curso (TCC) do aluno concluinte, quando aquele não é da sua autoria. (...) 6. Hipótese em que o apelante, em seu recurso, objetiva ampliar os pedidos formulados na inicial, além de pretender que a UFPE atribua nota ao seu trabalho, que foi nitidamente copiado de artigo científico de outro autor. 7. Apelação parcialmente provida." TRF5, AC 200983000096160, Terceira Turma, Des. Luiz Alberto Gurgel de Faria, 18/08/2011

## **Da infração ética à violação de direitos de exclusiva autoral**

A ocultação de origem é reprovável mesmo naquilo que nunca seria protegida pelo direito autoral, ou no que já não é mais protegido: os exemplos já suscitados das idéias e informações, e das obras em domínio público demonstram esse ponto.

Mas imensa discussão sobre a ilegalidade da ocultação de origem é tecida no âmbito do direito autoral. Para não nos ocuparmos aqui dos inúmeros detalhes das opiniões e da casuística, do que, aliás, já se deu breve notícia, enfrentemos inicialmente o problema das definições que utilizamos neste estudo.

### Da fixação do nosso objeto de análise

Como já antecipamos, nosso objeto de estudo é a reprovabilidade, pelos vários sistemas pertinentes, da ocultação da origem alheia de um elemento da produção que se apresenta como própria.

Veja-se que existe outro fato análogo, mas essencialmente diverso, que é a apresentação de produção própria como sendo alheia, como por exemplo, quando alguém pinta obra suscetível de confusão com um grande mestre, para haver os benefícios de uma usurpação inversa<sup>114</sup>. Não é desta figura, igualmente reprovável e muitas vezes ilícita, de que tratamos<sup>115</sup>.

---

114 Dissemos, falando da economia própria ao mercado de artefatos, ou seja, de obras de arte únicas: "Atentemos agora para os aspectos em que um direito de exclusiva - como o direito autoral - impacta nesse mercado. Claramente os direitos morais têm uma importância capital, pois são eles que garantem a integridade da "aura" [o objeto único, de quem Walter Benjamin (BENJAMIN, Walter. The Work of Art in the Age of Mechanical Reproduction. Disponível em: <http://www.marxists.org/reference/subject/philosophy/works/ge/benjamin.htm>. Acesso em: 24/01/2011) notava a "aura" de unicidade com seu atributo peculiar], que será afetada se terceiros pudessem se atribuir obras de autores de relevância no mercado, ou se os proprietários da obra pudessem superar as regras que tutelam a integridade da obra. De outro lado, a reprodução incontrolada da obra lhe retira a unicidade; assim, o direito de natureza patrimonial que previne a reprodução atua aqui também, mas não no sentido de garantir as vantagens da multiplicação (quem vende dez mil cópias de um livro tem o proveito

Outro fato que atrai também reprovabilidade, e ilicitude, é a reprodução de criação alheia sem autorização daquele que detém direitos exclusivos sobre o elemento reproduzido <sup>116</sup>.

Note-se que esse fato adquire significado para o direito apenas quando existe um poder jurídico, atribuído a algum titular, de recusar tal reprodução; em inúmeras hipóteses, ainda quando a atribuição é cogente, a reprodução é livre. Assim ocorre quando a criação reproduzida está em domínio público, por expiração dos direitos de exclusão, seja nas inúmeras hipóteses de reprodução livre, inclusive das que já demos notícia.

A intercessão entre a primeira e a terceira figura é sempre possível. Pode-se reproduzir elemento – sem autorização – imputando ou não a origem. Quem edita sem autorização obra alheia, ou reproduz trechos dela, mesmo apontando corretamente a origem, viola o direito exclusivo de reprodução sempre que este direito exista. Havendo tal poder de interdição, a reprodução com ocultamento também incide na mesma vedação:

"Contrafação que não se confunde com plágio é a reprodução de obra intelectual sem a vontade do autor, seja ou não mediante a indicação de seu nome. A criação intelectual de obra alheia protegida, uma vez usurpada, autoriza o autor a pleitear reparação por dano moral, ínsita na violação e até independente de prejuízo, e por dano material pela comercialização da obra sem a sua autorização". AC 42.848, 4.ª Câm. Civ. do TJSC, Florianópolis, rel. Des. Alcides Aguiar, 01.12.1994.

Tem-se assim, para os propósitos desta análise, a conjugação de dois elementos: a ocultação e a reprodução; que se cumulam, ou não <sup>117</sup>.

Um segundo aspecto a considerar é que – sempre no plano do direito autoral – há que se distinguir entre a tutela diretamente patrimonial, e a de caráter não diretamente patrimonial. Aquela se traduz no poder que tem o seu titular de proibir de reprodução por terceiros, e o poder consequente de extrair frutos dessa proibição, seja por uma vantagem concorrencial, seja pela renda que cabe extrair de

---

da venda desses múltiplos). Com efeito, o efeito será de evitar a multiplicação." BARBOSA, Denis Borges, op. cit. Uma economia do Direito Autoral, manuscrito, 2011.

115 Como nota MORAES, Rodrigo. Os Direitos Morais do Autor, repersonalizando o Direito Autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 76-109. "Direito ao reconhecimento da não-autoria de uma obra não se confunde com direito moral do autor à paternidade [ASCENSÃO, op. cit., p. 141-142]. Em outras palavras, atribuir falsamente a autoria de obra a outrem (usurpação de nome) não é o mesmo que atribuir a si a autoria de obra alheia (plágio)."

116 Note-se que utilizamos neste contexto a expressão "reprodução" para referirmo-nos às infinitas modalidades de violações da exclusiva autoral, às quais a doutrina reserva sutis e sibilinas distinções de peculiaridades e efeitos. Não nos limitamos, assim, à aceção do Art. 5º, inciso VIII, letra "d" da Lei 9610/98.

117 Outros elementos podem acrescer esta equação, deliberadamente simplificada. Assim como se entende cogente a atribuição da origem de uma criação intelectual, não mesmo imperativa é a tutela da integridade da contribuição intelectual. Além da simples imputação, há um dever geral correlativo de atribuir o que se disse, e não alguma aproximação imperfeita, que não faça jus ao que foi original. É certo que a ocultação e a deturpação, ao se somarem, eventualmente neutralizaram a reprovabilidade num exercício de irrelevância ou descrédito.

terceiros em virtude da eventual autorização. São os chamados direitos patrimoniais de autor.

De outro lado, os direitos pessoais (ou seja, não diretamente patrimoniais) que resultam do sistema autoral coincidem, em parte, com os elementos cogentes da atribuição de origem. Naquilo que os deveres de nomeação e a paternidade tenham raiz constitucional <sup>118</sup>, essa radicação ilumina tanto o direito autoral quanto à esfera das criações intelectuais não protegidas por tal capítulo da enciclopédia jurídica. Ou seja, a obrigação de revelar a origem é idêntica havendo ou não direito autoral.

Assim, havendo criação intelectual, ainda que recusada pela lei autoral em seus aspectos patrimoniais, tal contribuição é beneficiária da mesma tutela dos direitos do âmbito autoral, naquilo que tais direitos “morais” (que, como com razão nota Ascensão, morais não são) sejam ligados ao originador como um resultado necessário do seu estatuto de pessoa.

Precisando os fatos a serem considerados, vamos a *lex data*.

#### Da Lei 9.610/98

Diz a lei:

Art. 108. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:

I - tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos;

---

118 Não se pode deixar de notar a importantíssima noção de que direitos da personalidade previstos na Constituição e os direitos “morais” previstos pela legislação autoral não são a mesma coisa. Nota ASCENSÃO, José de Oliveira. Princípios Constitucionais do Direito de Autor. RBDC, n.º. 5, jan/jun 2005, p. 429-442: “As faculdades pessoais foram recebidas pelas leis dos países do sistema romanístico. A Declaração Universal dos Direitos do Homem assegura igualmente a protecção dos “interesses morais” do autor. A Constituição brasileira não prevê, porém os aspectos pessoais. Do inc. XXVII não se tira nenhuma garantia que os abranja. Também se não pode pretender que os direitos pessoais seriam direitos de personalidade, para os quais bastaria a fundamentação na dignidade da pessoa humana (art. 1/III da Constituição). Uma coisa são os direitos de personalidade outra, direitos pessoais emergentes da ligação do autor à obra. O resultado negativo poderá parecer estranho, uma vez que o aspecto pessoal seria, pelo ponto de vista dos direitos fundamentais, ainda mais importante que o aspecto patrimonial. Isso não impede, porém que a lei ordinária regule devidamente as faculdades pessoais do autor; significa apenas que estas faculdades não participam da garantia institucional. Há uma razão para isto. Os aspectos pessoais podem ser nos pontos mais graves, abrangidos pela defesa ética da personalidade, resultante dos direitos de personalidade. Assim, o direito à integridade da obra é fundamentalmente abrangido pela própria defesa da honra e reputação, como direitos de personalidade. Esse mínimo está sempre garantido, mesmo sem previsão específica. É um sucedâneo da previsão das faculdades pessoais por si. Não esgota, porém todos os aspectos: por exemplo, o direito de acesso (art. 24/III da lei dos direitos autorais) não beneficia da previsão constitucional. Mas basta para satisfazer a protecção dos interesses pessoais, compreendida na Declaração Universal dos Direitos do Homem, mediante a repercussão sobre este domínio dos direitos de personalidade. Ficam assim de fora aspectos mais ligados à relação com a obra, que não encontram cobertura constitucional. Mas a Constituição não precisa de cobrir tudo. E a omissão tem também vantagens. “Perante a expansão do direito de autor a meras obras técnicas, como os programas de computador, permite ao legislador ordinário regular livremente o quantum de direitos pessoais a conceder.”

II - tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor;

III - tratando-se de outra forma de utilização, por intermédio da imprensa, na forma a que se refere o inciso anterior.

Tal disposição está no segmento da lei que trata de sanções civis. Assim, ao enunciar que as consequências do ocultamento aí listadas são distintas dos danos morais (“além de responder por danos morais”) aponta para um dever específico, não redutível à reparação de dano. A atribuição – imputação – surge como um imperativo a ser suprido por um ato de publicidade no qual se divulgue a identidade do autor ou intérprete.

A sanção, assim, é correlativa ao direito previsto no art. 24:

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

Em outras 21 hipóteses, a lei impõe a atribuição, ou a utiliza como elemento definidor de direitos e obrigações, tanto na regulação dos negócios jurídicos relativos aos direitos de autor e conexos, quanto na definição de suas limitações.

Estas são particularmente importantes para nosso tema.

### Dois aspectos do ilícito: proporção do material oculto e originalidade

Tratemos neste passo de duas questões reiteradamente discutidas neste contexto: se há algum limiar mínimo a partir do qual a cópia com ocultação é vedada, a partir do qual se configura o ilícito; e se a natureza do texto determina o montante dessa eventual permissão.

#### ***Da proporção do empréstimo***

É de se entender que a ocultação, como gênero, é impermissível, seja qual sua extensão:

A proporção entre a obra, ou parte da obra plagiada, e aquela que plagia, poderá determinar a gravidade do plágio, e o seu próprio significado jurídico, mas não a sua existência. E já que o trabalho é protegido na sua totalidade, em todo seu "elemento construtivo", em

todos os aspectos a sua criação, há também correspondentemente plágio mesmo sem usurpação da individualidade orgânica do original <sup>119</sup>.

A distinção é se há, além do plágio, uma violação de direitos autorais e – mais – infração penal. A proporção relativa, inclusive como índice de voluntariedade, distingue os efeitos da reprovabilidade, não sua existência.

Assim, em primeiro lugar, nem todo plágio será violação de direitos patrimoniais:

(...) A área de reserva patrimonial e aquela da proteção da paternidade de fato não coincidem, e devem ser definidas de acordo com critérios diferentes. (...) A área de livre utilização é estabelecida pela lei com as disposições especiais que limitam a exclusividade dos direitos patrimoniais do autor, enquanto a proteção contra o plágio se foca intimamente no direito de paternidade que atribui ao autor cada elemento criativo da obra. Para se ter uma idéia da não-coincidência da área de reserva patrimonial com reserva pessoal basta o exemplo da citação de uma página, livre para fins de ensino, mas que constitui plágio se o nome do autor não é mencionado, e o exemplo de obra em domínio público, sobre a qual não há reserva patrimonial em favor do autor, mas cuja paternidade deve ser sempre reconhecida <sup>120</sup>.

Dentro do que Algardí denomina de reserva patrimonial, haverá uma margem mínima, um *de minimis non curat praetor*?:

“Eugene Pouillet <sup>121</sup> acenava que da impossibilidade em determinar o limite exato da contrafação punível é o plágio tolerável: 'É aqui que a questão do prejuízo pode ter sua utilidade; se o empréstimo é tão bem dissimulado, tão habilmente misturado às partes originais, que se torna quase impossível reconhecer sob as novas roupagens de que se cobre, e que, de fato, o autor da obra imitada não deva sofrer nem em sua reputação, nem em seus proveitos, o juiz pode decidir que plágio não vai até a contrafação.

Não quer dizer que o plágio difira da contrafação pela extensão, pela importância material dos empréstimos, regra esta que lhe parece estar longe da verdade em todos os casos. Pode ocorrer, com efeito, que o plagiário não tenha tomado senão um pequeno número de passagens, mas que estas, principalmente, em se tratando em uma obra filosófica ou

---

119 ALGARDI, op. cit., loc cit. “La proporzione tra l' opera , o la parte di opera plagiata, e quella plagiaria, potrà determinare la gravità del plagio, la sua stessa rilevanza giuridica, ma non la sua sussistenza. E poichè l'opera è tutelabile in ogni sua parte, in ogni suo « elemento costruttivo », in ogni suo aspetto creativo, il plagio corrispondentemente sussiste anche al di là della usurpazione della individualità organica dell'opera originaria.”

120 ALGARDI, op. cit., loc. cit., “(...) la zona della riserva patrimoniale e quella della tutela della paternità infatti non coincidono, e devono essere definite in base a criteri diversi. (...) La zona di libera utilizzazione è stabilita dalla legge con disposizioni particolari che limitano la esclusività del diritto patrimoniale dell'autore, mentre la tutela centro il plagio è strettamente connessa al diritto di paternità che spetta all'autore su ogni elemento creativo dell'opera. Per avere un'idea della non coincidenza della zona di riserva patrimoniale con quella della riserva personale basta l'esempio della citazione della pagina altrui, libera per scopo di insegnamento, ma costituente plagio se priva della indicazione del nome dell'autore, e l'esempio dell'opera in pubblico dominio, sulla quale non esiste riserva patrimoniale a favore dell'autore, la cui paternità dev'essere però sempre riconosciuta”.

121 A decisão cita exatamente o trecho de Pouillet que vimos mencionando. Vide, nesse sentido, "Existem plágios devidos a reminiscências ou a indistintas assimilações do pensamento alheio; e são os plágios menores. A omitida indicação da sua fonte poderá mesmo ser maliciosa, isto é, representar uma forma de desonestidade intelectual; mas isto poderá ser objeto de crítica, não de proteção jurídica. São pequenos roubos toleráveis; empruntes licites [empréstimos lícitos], como dizem os franceses." CHAVES, Antônio. Plágio. Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 1982. p.67

científica, sejam exatamente as que dão à obra seu caráter de originalidade própria, que são como a medula. Ora, neste caso pouco importaria a quantidade dos empréstimos: é a sua qualidade, a sua natureza, que é preciso levar em conta. Assinala-se, finalmente, que é a proporção que estabelece distinção entre plágio e usurpação do nome alheio. (...)

Dificulta a tarefa da doutrina e da jurisprudência separar rigorosamente o domínio do plágio e o da contrafação o fato da lei que reprime a contrafação não prever o plágio" TJRS, AC 593157340, Quinta Câmara Cível, Clarindo Favretto 30/06/1994.

### ***A proporção varia com a natureza do texto***

Como nota o acórdão, endossando Pouillet, a natureza do texto em que se transcreve elemento alheio, ocultando a contribuição, tem relevância para determinar a infração ou não de direitos patrimoniais. Esta noção é bastante comum:

O réu não precisa copiar a obra inteira para ser culpado de violação. Mas se se pode violar copiando menos do que a obra inteira, quanto é demais? Nenhuma regra arbitrária pode ser formulada, e cada caso é decidido segundo seus próprios fatos, utilizando ambos os critérios quantitativo e qualitativo. Copiar uma frase de uma obra poderia, teoricamente, a constituir uma infração, dependendo da frase extraída. Em geral, tolera-se um empréstimo mais extenso no caso de obras que, ainda que protegidas por direitos autorais, como compilações de fatos e diretórios, são na verdade efetivamente constituídas de materiais de domínio público. Para esses tipos de obras, a violação exigirá quase que a identidade total, pois que é difícil distinguir idéias e expressão. Por outro lado, menos um empréstimo menor seria violação no caso de obras totalmente criativas, como a poesia ou um romance.<sup>122</sup>

Isso se ecoa no texto já mencionado de Toller <sup>123</sup>:

En las obras científicas o humanísticas (derecho, filosofía, ciencia política, ensayo en general, etc.) la formación académica y la propia estructuración temática produce frecuentemente una identidad metodológica en el tratamiento de los temas que, por eso sólo, no puede tomarse en modo alguno como conducta plagiara, la cual sólo puede verse en la apropiación del texto ajeno presentándolo como propio ya que no cabrá su apreciación por la sola, aunque importante coincidencia en el análisis, desarrollo y conclusiones <sup>124</sup>. Por ello, dada la identidad temática que abraza a cualquier tratado de temas científicos en-

---

122 "The defendant need not copy the entire work to be guilty of infringement. But if one can infringe by copying less than the entire work, how much of a taking is too much? No arbitrary rule can be formulated, and each case is decided on its own facts using both quantitative and qualitative criteria. Copying a single sentence of a work could theoretically constitute an infringement, depending on the sentence taken. In general, a wider taking is tolerated for copyrighted works, such as compilations of facts and directories, which are made up of essentially public domain materials. For these types of works, near identity will be required to show infringement because idea and expression are difficult to distinguish. On the other hand, less appropriation would constitute infringement for wholly creative works such as poetry or a novel." LEAFFER, Marshall A. Understanding Copyright Law, Editora Matthew Bender: USA, 1999. Pag.381 à 399.

123 TOLLER, Fernando M. Propiedad intelectual y plagio en trabajos académicos y profesionales, Publicado en: Sup. Act. 26/10/2010, 1

124 Vide também BÁEZ, Julio C.Arce, AGGEO, Miguel A., El rol del conductor periodístico y el fraude a la propiedad intelectual en la obra científica, Publicado en: LA LEY 2006-F, 655-Sup. Penal 2006 (noviembre), 32. Comentando a decisão do Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 17 de la Capital Federal (TOralCrim)(Nro17) ~ 2006/07/03 ~ Gelblung, Samuel. Os autores citam neste passo QUINTERO OLIVARES - GÓMEZ BENÍTEZ, "Protección Penal de los Derechos de autor y conexo", ps. 65 y 66, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1988.

tendemos que sólo la copia servil, en todo o en parte, de los elementos originales de la obra ajena pueden ser rotulado como plagio.

De tal ponderação, que encontra longuíssimo amparo jurisprudencial <sup>125</sup>, entenda-se que essa vinculação do plágio das obras científicas à literalidade diz respeito ao plágio como violação de direitos patrimoniais de autor. Parâmetros diversos, como já vimos, são aplicáveis ao ocultamento de ideias, fatos e conclusões de terceiros, no campo externo ao direito autoral.

### Do elemento subjetivo

Como sempre ocorre nos direitos exclusivos da propriedade intelectual, o elemento da voluntariedade é irrelevante para o exercício da interdição <sup>126</sup>; no entanto, poderá ser relevante para a existência de indenização.

No tocante ao plágio, sempre no sentido de ocultação de origem, porém, este fator pode ser relevante. Com efeito, ao contrário do que ocorre com as patentes <sup>127</sup> e as marcas <sup>128</sup>, o direito autoral concebe a hipótese de autorias (e titularidades) distintas da mesma obra <sup>129</sup>, ainda que tal hipótese seja estatisticamente rara <sup>130</sup>.

---

125 Vide a casuística citada por Pouillet na sua obra de 1899: "Il a été jugé: 1° qu'il n'y a pas contrefaçon, mais simple plagiat, dans le fait d'emprunter à un ouvrage considérable un certain nombre de passages, composés de lignes éparses et disséminées à leur tour, dans un ouvrage non moins important; il en est surtout ainsi lorsque la similitude des passages s'explique par la nature des ouvrages (dans l'espèce, des géographies) qui proviennent nécessairement de sources communes et que d'ailleurs les passages incriminés, considérés dans leur ensemble, ne forment une partie notable, importante et marquante, ni de l'un ni de l'autre des deux ouvrages (Paris, 25 avril 1872, Malte-Brun (4.), Dali., VO Prop. litt., nO 339) 4° qu'il ny a contrefaçon qu'autant que les emprunts sont certains, nombreux et de nature à préjudicier à l'oeuvre originale; il eu est surtout ainsi lorsqu'il s'agit de dictionnaires bibliographiques, ou la ressemblance des rédactions est inhérente à la nature même des ouvrages (Trib. Corr. Seine, 17 avril 1858., Quérard, Pataille, 58.245); 5° que l'emprunt, fait à un ouvrage, des principes généraux de la science de laquelle il traite, ne saurait constituer une contrefaçon, alors du moins qu'il s'agit de principes appartenant au domaine public et se retrouvant nécessairement dans tous les ouvrages qui sont écrits sur le même sujet (Paris, 8 février 1865, Gueé, Pataille, 65.382)".

126 Vide nosso Tratado, Tomo. I, cap. I. [6] § 6. - Valor indenizável das violações da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. Para o chamado plágio inconsciente – ou involuntário – vide GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito, literatura e propriedade intelectual. Posner, a criptomnésia e o plágio inconsciente. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10377>. Acesso em 23/1/2012.

127 Onde existe no direito brasileiro o princípio de que o primeiro, entre os autores, que solicitar a proteção é dela titular, restando ao outro a oponibilidade prevista no art. 45 da Lei 9.279/96.

128 Onde se aplica o princípio da precedência, segundo o qual o primeiro criador, dentro do prazo de preclusão pertinente, prevalece sobre qualquer outro, mesmo criador, na forma do art. 129, parágrafo único, da mesma lei.

129 "A hipótese de coincidência criativa é uma das que motivam o autor a registrar seu trabalho (Lei n.º 5.988/73, Arts. 17 segs.). (...) O autor, ora recorrente, sustenta que as recorridas plagiaram sua criação. As recorridas, por outro lado, argumentam que não tiveram conhecimento da obra do autor e que a campanha publicitária constitui mera "coincidência criativa". (...) Não se nega a possibilidade de coincidência criativa. É possível que dois artistas, mesmo sem se conhecerem, criem obras quase idênticas. Essa hipótese, entretanto, é uma das que levam o autor a registrar seu trabalho." REsp 655035 / PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, Data do Julgamento 07/05/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 13.08.2007. p. 361. Neste sentido, "A coincidência é a semelhança inconsciente e involuntária existente entre parte de uma obra lítero-musical e outra preexistente, seja no âmbito do título, da letra, da melodia, etc. Neste caso não há o dolo específico, a má-fé propriamente considerada. Já na hipótese de plágio, há a cópia intencional de parte ou totalidade de obra lítero-musical preexistente por terceiro que, apropriando-se indevidamente de criação intelectual alheia, apresenta-a como se fosse de sua autoria. É imprescindível o dolo, o propósito específico de usurpação intelectual. Em nosso entendimento, poder-se-ia considerar como coincidência criativa a equivalência temática ou argumentativa ou de títulos ou harmônica (no caso de obra lítero-musical) desde que de forma isolada e quando correspondam a no máximo ¼ da obra original. Considerar-se-ia como plágio a reprodução

Aliás, tal hipótese (a coincidência criativa, ou *doppelschöpfung*) faz exigir, no caso de plágio, a chamada prova de acesso<sup>131</sup>. Ou seja, salvo a hipótese em que a complexidade informacional dos textos em confronto torne a coincidência absolutamente implausível<sup>132</sup>, a comprovação do plágio importará em que o autor da ação faça prova de que o dito plagiador efetivamente teria tido acesso ao elemento que se alega ter sido plagiado.

### *Da originalidade*

Essa análise também suscita a questão da originalidade, ou seja, como entende-se tal requisito, da efetiva contribuição que o texto referido faz para sociedade, e daquela que o texto que usa da referência o faz.

Vestibularmente note-se que o requisito de *originalidade* é exigência específica para uma exclusiva autoral. Deverá haver suficiente contribuição na *obra intelectual*, (a

---

literal de frases, títulos, trechos de melodias (desde que as notas sejam sucessivas) de forma isolada ou conjunta desde que excedam um ¼ da obra original ou a coincidência criativa de forma conjunta ou que exceda o percentual supramencionado. Na análise da existência de plágio o registro anterior de uma das obras não deverá ser considerado como presunção absoluta da ocorrência do mesmo." COLLA, Daniela Câmara. O plágio na obra lítero-musical. Revista ABPI, nº 105, mai/abr. 2010, p.54-59. Veja-se que, apesar de ter atuado como orientador da monografia que dá origem a tal trabalho (Especialização em Propriedade Intelectual, PUC-Rio, 2009) não subscrevo o limite quantitativo propugnado pela autora; na verdade, compartilho com LAFFER, op. cit., a seguinte opinião; "Many students (like many attorneys and their clients) urgently desire a simple, even mathematical, test for infringement: x number of bars of music, or x number of pages from a novel, equals infringement. Alas, no such bright line rule exists or is possible. To quote Judge Learned Hand, "wherever it is drawn [any such line] will seem arbitrary," [Nichols v. Universal Pictures Co., 45 F.2d 119, 122 (2d Cir. 1930).] and thus "the test for infringement of a copyright is of necessity vague."

130 Ou nem tanto, em certos setores da prática expressiva, como a música pop, o que este subscritor, que em tempos advogou em favor de Roberto Carlos em um caso de alegado plágio, pode confirmar. Aliás, sobre a baixa variabilidade das composições nessa área, tem-se interessante pesquisa empírica, que confirma as considerações de Posner nesse sentido ("Since most popular songs have simple melodies and the number of melodic variations is limited, the possibility of inadvertent duplication of several bars is significant". LANDES, W. e POSNER, R., The Economic Structure of Intellectual Property Law, Belknap Press, 2003, p. 88.). Vide quanto a isso FRIELER, Klaus; RIEDEMANN, Frank. Is Independent Creation Likely to Happen in Pop Music? Disponível em: [https://jyx.jyu.fi/dspace/bitstream/handle/123456789/20869/urn\\_nbn\\_fi\\_jyu-2009411252.pdf?sequence=1](https://jyx.jyu.fi/dspace/bitstream/handle/123456789/20869/urn_nbn_fi_jyu-2009411252.pdf?sequence=1). Acesso em: 17/01/2012. Desse estudo: "One side result in this study is that even people without any musical training and no experience in song writing at all - notably two participants of 12 and 14 years -were able to invent four-bar or eight-bar pop melodies to a given chord sequence in less than half an hour. These melodies did not reach an extraordinary high level of originality, but they were in any case comparable in complexity and construction to some of the hit songs included in this study."

131 DUVAL, op. cit. p.49 - Necessidade da prova de acesso Por todos esses sumários motivos, que apenas dão uma pálida idéia da extrema dificuldade do assunto, impõe-se a conclusão de que a prova de acesso é de rigor na configuração judicial do plágio. Certamente, haverá casos em que será difícil ministrá-la; notadamente, naqueles em que a coincidência do "andamento" ou da "urdidura" é de tal modo pronunciado que não seria crível admitir-se, seriamente, a escusativa da "mera coincidência"; nestes casos particulares, a grande semelhança prova por si só o acesso à fonte plagiada." Ecoando essa exigência, LEITE, Eduardo Lycurgo. Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.17-36; MOARES, Rodrigo. Os Direitos Morais do Autor, repersonalizando o Direito Autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 76-109; GANDELMAN. Henrique. O que é Plágio? Revista ABPI, nº 75, mar/abr 2005, p. 36-45.

132 "As previously noted, evidence of striking similarity sometimes permits a finding of copying without proof of access. Thus, the stronger the proof of similarity, the less the proof of access that is required." NIMMER, David; NIMMER, Melville B. Nimmer. Copyright. v. 4, São Francisco: Lexis Nexis, 2008, p. 13-33 à 13-121. - Parte 2. No mesmo sentido: "Under this notion, the degree of similarity required to establish an inference of access is an inverse ratio to the quantum of direct evidence presented to establish access. Where the case for access is weak, the court will require a correspondingly greater degree of similarity to establish copying. Conversely, where the proof of access is strong, the courts will require a lesser degree of probative similarity. Of course, there are limits. No amount of proof of access will suffice to show copying if there are no similarities." LEAFFER, Marshall A. Understanding Copyright Law. USA: Matthew Bender, 1999, p.381- 399.

criação intelectual que passou pelos filtros do art. 8º. Da LDA) que justifique a exclusiva. Tal grau, ainda que não particularmente elevado, será sempre mais constrictivo que a simples relevância mínima que uma criação intelectual precisa ter para ser objeto de tutela deontológica ou social.

A primeira consideração a ser feita, para dar alguma substância ao objeto da proteção autoral, é que só é "criação" aquilo que manifesta o arbítrio, escolha, ou decisão livre de seu originador. Já nos debruçamos longamente quanto a tal requisito <sup>133</sup>. Transcrevamos aqui um texto pertinente:

Mas, a meu ver, o aspecto crucial e determinante de quem é autor, e quem não o é, embora participe no processo, é o poder de escolha dos meios de expressão. Assim, pode-se entender que é autor aquele que exerce a liberdade de escolha entre alternativas de expressão. O exercício dessa liberdade não só configura a criação, mas indica seu originador <sup>134</sup>.

Assim é que só cai no âmbito de proteção do direito autoral a *forma livre*. Nota-o ASCENSÃO<sup>135</sup>:

25. A exclusão dos modos de expressão vinculados

I – O Direito de Autor tutela a criação do espírito, no que respeita à forma de expressão.

Já sabemos que isso não acontece quando a obra se situa no limite do óbvio. Não teria sentido outorgar um exclusivo em contrapartida de uma “criação” que representa a mera aplicação de idéias comuns.

Prolongando esta linha, vamos chegar a uma conclusão que tem já considerável importância para o nosso tema.

II – Não há a criatividade, que é essencial à existência de obra tutelável, quando a expressão representa apenas a via única de manifestar a idéia.

O matemático exprime a sua descoberta numa fórmula matemática. Esta fórmula é modo de expressão: mas modo de expressão obrigatória, não livre. Não há criatividade no modo de expressão. Logo, não há obra literária ou artística.

---

133 BARBOSA, op. cit.. O orientador é co-autor?, 2004.

134 [Nota do original] A liberdade aqui é de escolha dos meios de expressão e não do objeto da expressão. Lembram Lucas e Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec, 1994, p. 67 : « L'oeuvre de l'esprit peut-elle se limiter à un choix ? L'article L. 112-3 CPI (L. 1957, art. 4) incline à répondre par l'affirmative en accordant le bénéfice du droit d'auteur aux "auteurs d'anthologies ou recueils d'oeuvres diverses qui, par le choix et la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles". On observera toutefois que, dans une interprétation littérale, le choix ne suffit pas ici à fonder la protection puisque l'activité créative doit également se manifester dans la "disposition des matières".-De manière générale, l'originalité de l'oeuvre se révélera parfois dans les choix effectués par l'auteur, par exemple dans le domaine de la photographie, mais il n'est pas possible d'admettre que le seul choix constitue une oeuvre. On ne saurait donc en principe accorder protection à des objets trouvés (ready-modes) revendiqués par leur "inventeur" en tant qu'oeuvres d'art.>>

135 ASCENSÃO, José de Oliveira, op. cit., 2007.

O químico também se comunica através de fórmulas. Mas essas fórmulas são obrigatórias, pelo que não são tuteladas. Houve descoberta, mas não criação de um modo de expressão. Estas referem-se sempre a mera “notação”, se podemos recorrer a este termo.

Generalizando agora, diremos que a expressão das descobertas é sempre livre, enquanto represente apenas a forma obrigatória de expressão da realidade.

Mas o princípio não se aplica apenas ao domínio das descobertas. Todas as vezes que a expressão for vinculada como modo de manifestação da realidade, falta-lhe a criatividade e não há domínio da expressão, e não no da idéia.

Como nota o autor, não se trata de um filtro típico do sistema autoral. Em princípio, a *originação* – tomada aqui como fato criativo atribuível a um autor específico em qualquer das modalidades de propriedade intelectual – é apurada quanto à forma livre; haverá aí a cintila de criação.

Mais ainda, só quando há uma escolha livre poderá ser apurada se a tal escolha é de tal monta que mereça a contrapartida da exclusiva <sup>136</sup>. A liberdade é um *príus* para a apuração do que se denomina "contributo mínimo". Economicamente, só haverá racionalidade em se atribuir um direito exclusivo (que representa custos de competitividade) se houver um *aumento de bem estar social* resultante daquela ação específica:

(...) a justificativa do encargo do custo social encontra-se calcada em uma lógica econômica, que culmina com o incentivo concorrencial como meio de aumentar o bem-estar social (portanto compensação a posteriori do custo social gerado no momento da criação do exclusivo) <sup>137</sup>.

Se o ato imputável àquele originador fosse inexorável, inevitável, necessário, nenhum incentivo concorrencial seria justificável. Qualquer pessoa perante a mesma demanda comunicativa enunciaria a mesma resposta. A constituição do direito de exclusividade, em tal contexto, levaria a um monopólio *econômico*, e não a um simples monopólio jurídico - sendo este último exclusividade sobre um meio e não sobre um resultado <sup>138</sup>.

Vale notar que, seja qual o conteúdo que se dê à noção de *originalidade*, quanto mais o elemento emprestado for dotado desta qualidade, e quanto menos o texto

---

136NIMMER, Melville B. & NIMMER, David. Nimmer. Copyright. USA: Lexis Nexis, v.4, 2008, p 13-85 - 13-88.6: "Merger. We have already seen that copyright protects expression, but that ideas are statutorily free to all. In some circumstances, however, there is a "merger" of idea and expression, such that a given idea is inseparably tied to a particular expression. In such instances, rigorously protecting the expression would confer a monopoly over the idea itself, in contravention of the statutory command. To prevent that consequence, courts have invoked the merger doctrine. In other words, given the dilemma either of protecting original expression, even when that protection can be leveraged to grant an effective monopoly over the idea thus expressed, or of making the idea free to all with the concomitant result that the plaintiff loses effective copyright protection, even over the precise original expression used, copyright law chooses the latter course".

137 GRAU-KUNTZ, Karin, O que é direito de propriedade intelectual e qual a importância de seu estudo, manuscrito, 2010.

138 BARBOSA, Denis Borges. Nota sobre as Noções de Exclusividade e Monopólio em Propriedade Intelectual. Revista Jurídica (FIC), v. 18, p. 69-101, 2005. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/concorrenca/monopolio.doc>. Acesso em: 19/01/2012.

que empresta mais próxima será a hipótese de violação de direitos patrimoniais; e a casuística consagra esse fato <sup>139</sup>.

### *Das limitações*

Suscita-se aqui uma próxima regra: uma coisa é o empréstimo oculto de material de terceiros para o qual não haja o benefício das limitações autorais; outra é o abuso das limitações, para os quais existem critérios específicos. Passaremos a analisar tal diferença.

Os direitos autorais se constituem como exclusivas assim, direitos erga omnes; tanto nos seus efeitos patrimoniais quanto nas imposições de outra natureza. As situações jurídicas dos terceiros afetados por tais poderes, individualizadas ou não, dão azo a limites de aplicação dos direitos erga omnes.

Assim, os interesses do conhecimento científico, da informação, da expressão e da criação, entre muitos outros, sob resguardo constitucional e de direitos humanos, confrontam e modelam a oponibilidade da exclusiva autoral.

### *Do direito à informação*

Assim, a lei autoral limita os poderes de interdição do titular de obra protegida pela exclusiva, em garantia do acesso à informação, permitindo “a reprodução na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos”. A livre transcrição da notícia não exige, assim, da atribuição:

"Por outro lado, não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos (art. 46, I, “a” da Lei de Direitos Autorais). Diz, ainda, o § 1º do art. 79 que a fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor, o que não ocorreu no presente caso. A ofensa aos direitos autorais consubstanciou-se na publicação da foto de titularidade do apelado sem fazer a devida menção à sua autoria. A publicação da errata não afasta a violação, pois ocorrera somente após o ajuizamento da presente ação. Mas, por óbvio, não houve a intenção de o apelante usurpar a obra." TJSJP, AC 117265-82.2007.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Helio Faria, 9 de agosto de 2011.

"Por outro lado, não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos (art. 46, I, "a" da Lei de Direitos Autorais). Diz, ainda, o § 1º do art. 79 que a fotografia, quan-

---

139 “BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 110: “deve o agente apropriar-se de caracteres significativos ou distintivos do concorrente”

do utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor, o que não ocorreu no presente caso. Equivocou-se o juiz da causa, ao afirmar que houve a devida menção da titularidade da matéria pela apelada, pois as folhas mencionadas (fls. 45) dizem respeito à própria matéria da apelante publicada no periódico. A ofensa aos direitos autorais consubstanciou-se na publicação da matéria e foto de titularidade da apelante sem fazer a devida menção à sua autoria, mesmo que nela tenham sido incluídos entrevista e foto do diretor da apelada. Mas também não houve a intenção de a apelada plagiar a obra." TJSP, AC 994.04.035266-3, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Paulo Eduardo Razuk, 30 de novembro de 2010.

"DIREITO AUTORAL - Obra intelectual - Matéria jornalística - Veiculação em periódico - Cessão da matéria pela empresa que contratou o autor para a sua elaboração - Irrelevância - Necessidade de autorização explícita por parte do criador da obra - Todavia, não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos - Art. 46, I, "a" da Lei de Direitos Autorais" TJSP, Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Paulo Eduardo Razuk, 09 de junho de 2009.

"Pois bem, diz a Apelada que não violou qualquer direito da Apelante na medida em que apenas reproduziu as fotografias que teriam sido divulgadas pelos jornais o que, em tese, caracterizaria a excludente prevista no art. 46 da Lei de Direitos Autorais (...) Nota-se, entretanto, pelo texto grifado, que a excludente obriga a menção do nome do autor da obra, o que não ocorreu no caso presente." TJSP, AC 487.619-4/2-00, Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Luiz Antônio Costa, 14 de fevereiro de 2007.

O mesmo se dirá da publicação “em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza”; sempre com indicação de quem enunciou:

“E reside aí, no ato de omitir o nome do autor e a origem da obra, o nexo causal originador do dano moral. Ora, conforme os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar (in: Contornos Atuais do Direito do Autor. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999), a obra literária integra a esfera jurídica da pessoa, de forma a vincular criador e criação. A reprodução do texto sem indicação correta de autoria e origem causou lesão ao direito moral do criador em ver seu nome vinculado à criação (art. 26, II, da Lei 9.610/98). No caso dos autos, há o agravante de o texto ter sido reproduzido como se fosse lenda, isto é, de autoria e origem incertas. Assim, restou evidenciada a ocorrência de dano moral na medida em que Ruy Fernando Sant'Ana foi alijado da autoria de sua criação literária." TJPR, AC 163809-5, Sexta Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade, JC Vicente Del Prete Misurelli, 04 de maio de 2005.

### *Do direito de citação*

Referimo-nos aqui na verdade a dois incisos do art. 46 da lei autoral. No primeiro, se menciona o uso de criação alheia que será objeto de discurso crítico, analítico, enfim, objeto de referência no processo de conhecimento ou de elaboração doutrinária. No segundo, se admite a incorporação limitada de criação anterior como elemento construtivo da produção subsequente.

O interesse no discurso crítico, na vivacidade do pensamento, na ampliação da consciência humana é tutelado pelo direito de citação “em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra”. A atribuição é sempre condição inexorável do exercício desta limitação:

"Assim, a demandada, ao utilizar-se da obra do demandante, indicando-a na bibliografia, porém ausente a citação do nome do autor e/ou a página respectiva, violou direito moral do autor de “ter o seu nome indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra”, na esteira do art. 24, inciso II, da Lei 9610/98. (...) "De outro lado, o art. 46, inciso III, da Lei nº 9.610/98, que prevê a necessidade de fazer citação entre aspas, acompanhada da integral citação da fonte, foi infringido, porquanto, o exame comparativo de alguns excertos apontados pelo autor como plagiados denota a falta de citação da obra como fonte de pesquisa de autores não consultados no original. “TJRS, AC 70021205489, Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça, Des. Odone Sanguiné, 21 de novembro de 2007.

“O referido dispositivo legal pode ser aplicado nas hipóteses em que haja a reprodução de textos de obra dentro do contexto da obra maior, com necessária indicação de autoria e origem, para esclarecimento ou elucidação, como ocorreu no presente feito, em que as rés publicaram o texto "Emoções", às fls. 109 do livro em análise, com a devida inclusão do nome da ora apelada como autora da obra literária, com o fito de obter melhor aprendizagem dos alunos. (...) Desta forma, estando protegida a "paternidade" da autora e a integridade de sua obra, bem como, estando à hipótese em comento inserida na hipótese da norma do art. 46 do referido diploma legal, não houve configuração de ofensas aos direitos de autor." TAMG, AC 414.776-6, Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, J. Unias Silva, 17/06/2004.

"Neste contexto resta indubitável a ocorrência, sim, de violação aos direitos autorais do autor da demanda, a qual está consubstanciada não somente na contrafação da sua obra literária, mas, também, na ausência de indicação do seu nome na qualidade de criador das ilustrações e, ainda, do livro de onde elas foram retiradas, em escancarada afronta aos arts. 4º, inc. V, 6º, inc. IX, 25, inc. II, 29 e 30, todos da Lei n. 5.988, de 14.12.1973. E que não se cogite, na hipótese, de que a utilização da obra sucedeu, tão somente, sob o pálio de citação para fins de estudo. E isto porque, ao contrário do que pretendem fazer crer as demandadas, mesmo com tal intuito, revelava-se imprescindível a indicação do nome do autor. Ênfase, por oportuno, que a remissão ao livro do demandante, na bibliografia do curso à distância, por ocasião do derradeiro fascículo, não atende ao fim colimado pela lei, na medida em que não permite saber, efetivamente, quem é o criador das gravuras, levando a crer tratar-se de trabalho artístico apócrifo." TJSC, AC 2006.002977-8, Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, Des. Eládio Torret Rocha, 26/02/2010

De outro lado, a utilização razoável de criações como *building blocks* de novas obras (ainda que a lei em vigor se mostre extremamente restritiva), mediante “a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique

a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”.

Mas, uma vez mais - e sempre -, fazendo-se a atribuição nominal ou tácita <sup>140</sup>:

"Não se considera ofensa aos direitos do autor a reprodução de trecho de obra já publicada, em revista destinada a fim literário, didático ou religioso, desde que feita à indicação da origem e do nome do autor." STF, RE 44754, Segunda Turma, Min. Ribeiro Da Costa Julgamento: 20/12/1960.

"DIREITO AUTORAL - Violação - Inocorrência - Reprodução de trechos de obra já editada para fins didáticos e sem intuito de lucro - Inteligência do art. 49, I, a, da Lei 5.988/73. (...) E o art. 49 da Lei 5.988/73, invocada pela autora para lastrear seu pedido, em seu inc. I, letra a, demonstra o acerto da decisão monocrática, ao indeferir o pedido, ao estabelecer: "Não constitui ofensa aos direitos do autor: I - a reprodução: a) de trechos de obras já publicadas, ou ainda que integral, de pequenas composições alheias no contexto de obra maior, desde que esta apresente caráter científico, didático ou religioso, e haja indicação da origem e do nome do autor". E da prova coligida nos autos de busca e apreensão e de inquérito policial, trazida aos autos por empréstimo, constata-se que, ao serem editadas as apostilas que estavam sendo utilizadas pelos alunos pertencentes à Escola mantida pelo Município de Terra Boa, e dirigida pelos demais requeridos, havia a citação do nome da autora, e sua utilização dava-se para fins eminentemente didáticos." TAPR - , Ap 98.059-2 - 7.ª Câm. - j. 17.03.1997 - rel. Juiz Prestes Mattar.

“A hipótese, assim, revela contornos que se aninham nas disposições do art. 46, inciso VIII, do novo diploma do Direito Autoral - Lei n. 9.610/98: Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I -..... VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida, nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. (...) Contudo, já no tocante aos legítimos interesses do autor, eis o ponto único em que a lesão resta configurada, a derivar da falta de prévia autorização e da já assinalada omissão de sua identificação como criador da gravura." TJPR, AC 121943-2, 5ª Câmara Cível, Des. Luiz Cezar de Oliveira, 25/02/2003.

“Da análise da matéria publicada pelo Jornal, em conjunto com a cópia da obra do Apelante (fl. 08/54) conclui-se que aquele citou trechos da obra entre aspas, citando as autoras que criaram aqueles trechos, o que se comprova pela leitura dos grifos feitos pelo Autor. Assim, o Jornal não praticou fraude, pois citou os nomes das pesquisadoras mencionadas no trabalho do Apelante, não tendo restado evidenciada a vontade de publicar trabalho

---

140 Aqui há que se distinguir: a atribuição nominal neste caso (nunca no caso anterior) pode ser suprida pela pregnância da intertextualidade. Ou seja, quando a citação é tão clara, e a originação tão evidente, que não se careça de imputação formal. Em Pecado Original, Caetano Veloso, ilustrando com sua música-tema o impasse do marido da personagem vivido por Sonia Braga na Dama do Lotação, diz em três versos: “Quando a gente volta o rosto para o céu e diz/Olhos nos olhos da imensidão/Eu não sou cachorro, não”. “Olhos nos olhos” é citação de Chico Buarque, “Eu não sou cachorro, não” de Waldick Soriano, ambos os textos de amplíssimo conhecimento no contexto cultural em que Caetano compunha. Lógico que a concisão de um texto poético não é compatível com a atribuição ao estilo ABNT, mas a imputação era automática ante o público da época, e absolutamente pertinente ao discurso poético que incorpora a citação, como demonstra OLIVEIRA, Leonardo Davino de. O neobarroco na letra de Pecado Original, de Caetano Veloso. Disponível em: [http://www.revistaopedalettra.net/volumes/vol%206.1/Leonardo\\_Davino\\_de\\_Oliveira.O\\_neobarroco\\_na\\_letra\\_de\\_Pecado\\_Original\\_de\\_Caetano\\_Veloso.pdf](http://www.revistaopedalettra.net/volumes/vol%206.1/Leonardo_Davino_de_Oliveira.O_neobarroco_na_letra_de_Pecado_Original_de_Caetano_Veloso.pdf). Acesso em: 14/01/2012.

alheio como se seu fosse. A intenção de lucro também não restou evidente, configurando o disposto no Artigo 46, inciso VIII, da Lei Federal 9.610/98: "(...) Assim, restou comprovado que o Apelado não agiu com culpa ao publicar a referida reportagem, razão pela qual não seria possível sua responsabilização civil, diante da ausência dos requisitos legais. “Ademais, o Jornal publicou uma errata para dar crédito à produção intelectual do Apelante, mas este considerou tal ato insuficiente.” TJMG, Ac 1.0056.04.069355-0/001, 0ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, unanimidade, Des. Pereira da Silva, 13/05/2008.

Assim, seja usando-se o elemento de criação alheia como motivo de crítica ou estudo seja simplesmente como um dos tijolos da construção própria, a atribuição é exigível nos termos que se indicou.

### ***Da citação e seus abusos***

Como vimos, a pretensão de que as criações intelectuais sejam atribuídas a seu originador prescinde e transcende o escopo do direito autoral<sup>141</sup>. De outro lado, ela não se resume num simples direito pessoal, mesmo de raiz constitucional, pois eminentes efeitos patrimoniais decorrem ao autor do fato de que o público o reconheça como origem de produtos e serviços<sup>142</sup>.

Recém vimos que o direito de citação – limitação necessária aos direitos autorais de exclusiva- está também sujeito à regra de atribuição. Mas cabe aqui refletir outro aspecto dessa permissão de citar obras alheias, eis que o tema é particularmente relevante ao nosso estudo. Falamos do abuso de citação.

Os dispositivos legais do art. 46 da lei autoral, em seus incisos, já enunciam certos limites ao direito de citação.

Quando ao discurso crítico, a lei constrange a citação a “passagens” de qualquer obra, “para fins de estudo, crítica ou polêmica”, “na medida justificada para o fim a atingir”. Ou seja, não admite, em princípio, a citação de obra integral (pois aí vai à expressão “passagens”<sup>143</sup>); vincula o exercício a um fim específico – que é o crítico -; e contém a citação à proporção necessária para satisfazer tal intuito.

---

141 Nunca se deve esquecer que esta pretensão é também reconhecida em outros direitos da propriedade intelectual, como o de patentes. Diz a CUP- Art.4 ter. O inventor tem o direito de ser mencionado como tal na patente. Vide a Lei 9.279/96, art. 6 e nosso Tratado, vol. II. Cap. VI, [7] § 1. 4. - O Direito de paternidade.

142 Note-se que a pretensão a ser nominado não é só um direito “moral”. Veja-se quanto a isso a importante observação de Posner: “As the market for expressive works expanded, the method of financing them shifted from patronage to sales. Because the new financiers of intellectual goods—the consumers—unlike the patrons did not know the author personally, it became important that he be identified by name so that consumers’ experience with one of his books could guide their decision on whether to buy other of his books.” POSNER, op. cit. The Little Book, p. 68-69.

143 “Outro aspecto crucial é a elaboração crítica: a reflexão sobre a obra alheia, elemento indispensável da liberdade de pensamento e de expressão. Num balanceamento cuidadoso de interesses, a lei permite sempre a crítica textual, embora nos limites do direito de citação [Lei 9610/98, Art 46: Não constitui ofensa aos direitos autorais: ... III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra]; a reprodução integral da obra crítica é reservada àquelas em domínio público [Art. 33. Ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a

De outro lado, não exige que a citação seja “de pequenos trechos”; nem que a obra que incorpora a citação tenha essa transcrição como “objetivo principal da obra nova”; nem que, genericamente, não compita no mercado com a obra citada – requisitos da outra modalidade do direito de citação (a da uso da criação anterior como elemento construtivo).

### *A interpretação das limitações*

Antes de tudo, aliás, cumpre entender qual a interpretação devida às limitações. Dissemos, em nosso Tratado:

[4] § 5.7. (C) Da razoabilidade como limitação legal aos direitos

Em cada modalidade dos direitos intelectuais, a aplicação da regra de razoabilidade tende a surgir na forma de *limitações* aos direitos – analisados em cada caso nos segmentos pertinentes deste livro.

Assim, por exemplo, no caso das patentes, a limitação que permite a utilização do objeto do monopólio para fazer pesquisas tecnológicas – inclinando-se a propriedade ao interesse constitucional maior de “desenvolvimento tecnológico do país”, como o quer o inciso XXIX do art. 5º da Constituição. Ou a que estabelece como fronteira dos direitos de marcas, patentes ou direito autoral a primeira operação comercial que promova retorno ao investimento tecnológico do titular, liberando a partir daí a circulação dos bens físicos relevantes – garantindo a mínima interferência com a liberdade de comércio.

Assim é que já tivemos ocasião de notar <sup>144</sup>:

*As limitações legais em matéria de propriedade intelectual – patentes, registro de cultivares, direitos autorais, etc. - representam uma conciliação entre interesses constitucionais fundamentais. De um lado, a esfera moral e patrimonial da criação humana, protegida pelo texto básico; de outros, interesses tais como a tutela à educação, o direito de citação, o direito à informação, o cultivo das artes no ambiente doméstico, etc.*

*Argumentar-se-ia, talvez, que tais limitações seriam tomadas sempre como exceções, a serem restritamente interpretadas. Mas exceções não são, e sim confrontos entre interesses de fundo constitucional. Como já tive também a oportunidade de considerar, citando Canotilho: “As idéias de ponderação (Abwägung) ou de balanceamento (balancing) surge em todo o lado onde haja necessidade de “encontrar o Direito” para resolver “casos de tensão” (Ossenbühl) entre bens juridicamente protegidos. (...)*

*Assim, não é interpretação restrita, mas equilíbrio, balanceamento e racionalidade que se impõe. Outra ponderação que se poderia fazer é*

---

pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor. Parágrafo único. Os comentários ou anotações poderão ser publicados separadamente].”, BARBOSA. Tratado. op. cit., v.I, cap. I, [5] § 4. 7. - Res communis omnium.

144 [Nota do original] Denis Borges Barbosa (1999) Direito Autoral - Apresentações Gratuitas, <http://denisbarbosa.addr.com/88.DOC>

*que a interpretação se faria sempre em favor do autor. Assim, sempre se restringiriam as limitações ao direito autoral do art. 46 à sua expressão mais augusta. Porém não se argua, de outro lado, o intuito protetor da lei autoral, que faz interpretar em favor do autor as disposições negociais.*

*No caso, não estamos interpretando negócios jurídicos, mas texto legal, e existem dois objetos de tutela igualmente dignos de proteção – a criatividade e a fruição pública da arte. Assim, a racionalidade e a funcionalidade são os critérios heurísticos relevantes, não o viés pro autorem, que se aplica no contexto privado.*

Neste sentido,

"Direito autoral. Fixação em videocassete e depois em videotape por uma empresa de televisão de programas de outra para posterior utilização de pequenos trechos dessa fixação a título de ilustração em programa de crítica para premiação. Falta de prequestionamento da questão concernente à necessidade da autorização da emissora quanto à fixação de seus programas por outro. Tendo em vista a natureza do direito de autor a interpretação extensiva da exceção em que se traduz o direito de citação é admitida pela doutrina. Essa admissão tanto mais se justifica quando é certo que o inc. III do art. 49 da Lei 5.988/73 é reprodução quase literal do inc. V do art. 666 do CC redigido este numa época em que não havia organismos de radiodifusão e que na atualidade não tem sentido que o que é lícito em matéria de citação para a imprensa escrita não o seja para a falada ou televisada. A mesma justificativa que existe para o direito de Citação na obra (informativa ou crítica) publicada em jornais ou revistas de feição gráfica se aplica evidentemente aos programas informativos ilustrativos ou críticos do rádio e da televisão." STF - RE 113.505-1 - 1.ª Turma - j. 28/2/1989 - rel. José Carlos Moreira Alves - DJU 12/5/1989

Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610.98 a luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião. III - O âmbito efetivo de proteção do direito a propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610.98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais. III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC. TRIPS. (...) Ora, se as limitações de que tratam os arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610.98 representam a valorização, pelo legislador ordinário, de direitos e garantias fundamentais frente ao direito à propriedade autoral, também um direito fundamental (art. 5º, XXVII, da CF), constituindo elas -as limitações dos arts. 46, 47 e 48 - o resultado da ponderação destes valores em determinadas situações, não se pode considerá-las a totalidade das limitações existentes. "STJ, Resp 964.404 - ES (2007.0144450-5), Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 15 de março de 2011

Quanto ao instrumento interpretativo sugerido pelo segundo acórdão, vale indicar o que já dissemos em nosso Tratado <sup>145</sup>:

As limitações aos direitos autorais, na esfera internacional, seguem a chamada regra de três passos, assim configurados <sup>146</sup>:

*Convenção de Berna, 9.2: Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais [1º passo], contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra [2º passo] nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor [3º passo].*

*TRIPS/ADPIC art. 13: “Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais [1º passo], que não conflitem com a exploração normal da obra [2º passo] e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito [3º passo].*

Assim só seria admissíveis limitações nos casos *especiais* (ou seja, restritos e claramente definidos); e não seria possível qualquer limitação que não fosse casuística.

Superado tal *passo*, verificar-se-ia se a limitação afeta a *exploração normal* da obra. “Normal” inclui, no caso, tanto o que vem ocorrendo no mercado, como o que potencialmente possa vir a ocorrer; a regra é que a limitação não possa transformar o seu beneficiário em competidor do titular dos direitos <sup>147</sup>.

Superado o segundo passo, considera-se então se a limitação pertinente aos *interesses legítimos* do titular. Os “interesses” podem ser patrimoniais ou de outra natureza. “Legítimos” serão tanto os interesses decorrentes de norma jurídica, quanto aqueles *não conflitantes* com o sistema jurídico. A noção do que é “injustificadamente” seria distinta do simplesmente razoável: pode-se admitir, por exemplo, uma certa perda de receita em favor de outros objetivos da lei nacional, mas se a lesão for considerável, há que instituir alguma forma de compensação.

Como notam alguns autores <sup>148</sup>, a norma internacional pode ser contrastada com outros parâmetros internacionais, como o provido pelos tratados relativos aos direitos humanos,

---

145 BARBOSA, op. cit. Tratado. v. III, cap. VII, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, [2] § 6. 1. - Da aplicabilidade da regra de três passos à lei de software

146 [Nota do original] Sigo aqui a definição jurisprudencial do caso *case WT/DS160*, de 2000, como comentada por GINSBURG, Jane C. Toward. Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions. *Revue Internationale du Droit d'Auteur*, January, 2001. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=253867> or DOI: 10.2139/ssrn.253867. Sobre as críticas à regra dos três passos no campo autoral, vide Declaração sobre o “Teste do Três Passos” do Direito do Autor. *Revista ABPI*, nº 98, jan/fev. 2009, p. 63-67. (Documento)

147 [Nota do original] Painel: “all forms of exploiting a work, which have, or are likely to acquire, considerable economic or practical importance, must be reserved to the authors.” “Thus, it appears that one way of measuring the normative connotation of normal exploitation is to consider, in addition to those forms of exploitation that currently generate significant or tangible revenue, those forms of exploitation which, with a certain degree of likelihood and plausibility, could acquire considerable economic or practical importance.” Decisão, par. 6.179 e 6.180.

148 [Nota do original] Por exemplo, SOUZA, Allan Rocha de. Os Direitos Fundamentais. Os Direitos Autorais. A Busca Pelo Equilíbrio, in GRAU-KUNTZE, Karin, e BARBOSA, Denis Borges (Org.). *Ensaio de Direito Imaterial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

e sujeita a imperativos constitucionais que rejeitem – por exemplo – a exclusão dos *interesses subjetivos dos Estados* no tocante à aplicação da regra dos passos.

### *Do que seria abusivo*

Pouillet oferece um parâmetro, entre muitos possíveis:

Obviamente, no entanto, que sob o pretexto de citação, não é permitido a infringir, e certamente seria contrafação o abuso das citações ao ponto de copiar toda a obra, ou na sua maior parte, e fazer, da hábil junção dessas citações uma espécie de resumo do trabalho original.<sup>149</sup>

No que ecoa Hermano Duval:

Mas em países como o Brasil, a França, os E.U.A. e outros, cujos textos legais não fornecem qualquer indicação precisa a respeito, penso que o direito de citação se transforma numa reprodução parcial ilícita quando os excertos sejam tantos e seguidamente dispostos que, razoavelmente, podem considerar-se' uma reprodução simulada e substancial da obra de onde foram tomados <sup>150</sup>.

No tocante à modalidade de citação de elementos construtivos (não necessariamente de citações críticas), enfatizando a questão do efeito econômico sobre o objeto citado, Maria Helena Diniz:

A lei não proíbe meras transcrições ou citações de obras alheias uma vez que não afetam economicamente o autor e fazem com que sua obra seja difundida e valorizada, desde que haja, obviamente, indicação da origem e do nome do autor, devendo ter, ainda, a obra que as inclui, caráter científico, didático ou religioso. Condena - se o plágio que consiste na consciente apresentação de textos elaborados por outrem, modificando - os ou não, como se fossem de sua autoria<sup>151</sup>:

E nota Toller <sup>152</sup>:

Antes de terminar lo relativo al derecho de cita conviene señalar que, aunque no sea propiamente plagio, no es un trabajo académico riguroso, y puede ser un abuso del derecho de cita o del derecho de uso honrado, aquel escrito de cierta envergadura que sólo cuente con algunas pocas obras como referencias reales, que son parafraseadas o transcriptas una y otra vez, con la correspondiente cita, por más que en la bibliografía se incluyan otras fuentes.

---

149 “Il va de soi, cependant, que, sous prétexte de citation, il n' est pas permis de contrefaire; et ce serait assurément contrefaire que d'abuser des citations au point de copier l'ouvrage tout entier, ou dans sa majeure partie, et de faire, de ces citations ainsi habilement rapprochées, une sorte d'abrégé de l'ouvrage original.”

150 DUVAL, op. cit., loc. cit.

151 DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, 6° ed., Saraiva, p. 220.

152 TOLLER, op. cit., loc. cit.

## Do código Penal

As violações ao direito autoral estão previstas na nossa lei penal, aliás, desde 1830. No texto em vigor, assim se prescreve no pertinente <sup>153</sup>:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1o Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. <sup>154</sup>

Assim, como se vê, a violação em geral é *fattispecie*, mas a reprodução não autorizada com fim de lucro direto ou indireto é agravada. A norma em branco cobre as violações previstas pela lei autoral, sem a rigor segregar as de cunho patrimonial ou não.

Assim, em princípio (salvo a aplicação do corpus do direito penal, sempre relevante) uma vez admitida pelo filtro de entrada ao campo autoral, a criação intelectual terá não só a tutela da lei autoral, mas a sanção aqui relatada. A relevância do estudo das limitações se demonstra, no entanto, pela menção que o texto faz:

§ 4o O disposto nos §§ 1o, 2o e 3o não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

---

153 Redação dada pela Lei nº 10.695, de 1/07/2003.

154 O teor relevante assim se completa: “§ 2o Na mesma pena do § 1o incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. § 3o Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 4o O disposto nos §§ 1o, 2o e 3o não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto. Usurpação de nome ou pseudônimo alheio Art. 185 - (Revogado pela Lei nº 10.695, de 1º.7.2003) Art. 186. Procede-se mediante: I – queixa, nos crimes previstos no caput do art. 184; II – ação penal pública incondicionada, nos crimes previstos nos §§ 1o e 2o do art. 184; III – ação penal pública incondicionada, nos crimes cometidos em desfavor de entidades de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Poder Público; IV – ação penal pública condicionada à representação, nos crimes previstos no § 3o do art. 184.”

Na verdade, não é só o disposto nos parágrafos que não se aplica no caso de limitações: não há é violação de qualquer natureza quando se aplicar a limitação, nos seus termos.

De outro lado, a violação se dá – fora dessas hipóteses em que não se exige autorização – sempre que haja reprodução (no sentido que usamos neste estudo) não consentida. Essa violação haja ou não ocultamento de origem de criação alheia, é dita contrafação<sup>155</sup>, que, distinguindo-se, porém do plágio, está cumulada sob o mesmo teor do art. 184 do Código Penal:

"Dois caminhos tortuosos que se lhes abrem: se a finalidade é exclusivamente obter vantagens pecuniárias, não se preocupam sequer esconder que a produção é alheia, multiplicando seus exemplares sem qualquer autorização; temos então, contrafação, de substratum essencialmente econômico.

Ou, sem essa preocupação primordial, procuram o reconhecimento e a fama como criadores literários, artísticos ou científicos, temos aí o plágio, figura esta à qual iremos circunscrever o presente estudo. (...) Hoje não é mais objeto de discussão o caráter ilegítimo do plágio. Volta-se a preocupação dos especialistas em dois sentidos: para necessidade de determinar os pressupostos e os limites da ilícita apropriação dos frutos da inteligência alheia, e para uma repressão mais efetiva contra os seus exercícios. “Não há quem não saiba o que seja plágio: apresentação como própria, de obra alheia, imitação servil de obra artística, literária ou científica de outrem.” TJRS, AC 593157340, Quinta Câmara Cível, Clarindo Favretto 30/06/1994.

Assim, a reprodução não autorizada de obra protegida pelo direito autoral que, ademais, ocultar a origem de algum elemento alheio, será simultaneamente plágio e contrafação, e sempre violação do art. 184 do Código penal.

### A revogação do art. 185

Antes de sua revogação pela Lei nº 10.695, de 1/7/2003, o art. 185 do Código Penal assim descrevia o seu fato gerador:

Art. 185. Atribuir falsamente a alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra literária, científica ou artística:

“Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa”.

---

155 "Contudo, ante ao disposto na LDA (9.610/98) e no Código Penal Brasileiro, podemos afirmar que: a reprodução de obra intelectual é uma ação tipificada no art. 184 do Código Penal, a qual consiste em uma reprodução não autorizada, que na LDA é definida como contrafação (art. 5º, VII). Já o plágio não tem uma definição legal, cabendo apenas à doutrina a sua definição. Assim, o plágio, por nominalmente não ser uma ação definida e prevista na lei civil e penal, deve ser considerado apenas como um ilícito civil. Entretanto, se ação caracterizadora do plágio estiver inserida na contrafação, deverá ser apenada como contrafação." PIMENTA, Eduardo; PIMENTA, Rui Caldas. Dos Crimes contra a Propriedade Intelectual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 164-221. Concordando com essa afirmação, não o fazemos, no entanto, com trecho posterior da mesma obra: “A contrafação, em síntese legal, é a reprodução de obra alheia, com a correta designação de autoria. A qual dividimos a contrafação de direito patrimonial, cujo objeto não é atingir a paternidade da obra, que consiste no direito moral do autor, mas sim auferir um benefício econômico.” Como visto, entendemos que contrafação é reprodução não autorizada, com ou não ocultação.

A supressão tem tanto críticos <sup>156</sup> como entusiastas. A questão mais importante, porém, é a abrangência do descritor, agora inoperante. Referia-se apenas à hipótese em que alguém – por exemplo – pinta um quadro e diz ser de Van Gogh? Ou cobria, como usurpação todas as circunstâncias em também o falso atribuidor se atribuía obra alheia?

Pontes de Miranda aparenta entender pela última alternativa <sup>157</sup>:

"No sistema jurídico brasileiro, o Código Penal considera crime contra a propriedade intelectual a ofensa ao direito autoral de nomeação "(art. 185: "Atribuir falsamente alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele adotado, a autoria de obra literária, científica ou artística") e a violação do direito autoral de exploração (art. 184: "Violar direito de autor de obra literária, científica ou artística"). No art. 185, entenda-se "atribuir-se", e não "atribuir". "

Assim também Eliane Abrão, ainda que exigindo a publicação integral da obra alheia com nome próprio <sup>158</sup>:

Qual o procedimento diante da acusação de ser determinada obra imitação servil de outra anteriormente publicada? Confirmado o nexos causal através da perícia, ou se estará diante de um crime tipificado como usurpação de nome, previsto no art. 185 do Código Penal, ou de um ilícito civil. Estar-se-á diante de um crime se a obra, mantida, na íntegra, for publicada em nome de outrem, o usurpador. Mas se houver comprometimento do conteúdo, pode-se estar diante de violação de direito moral de autor fundado no inciso V do art. 24, porque somente o autor pode modificar a sua obra antes ou depois de utilizada.

A única pertinência para nosso estudo desta distinção é poder afirmar que o plágio que não viola direitos autorais deixou de ser apenado no direito brasileiro como usurpação (ou, no outro entendimento, que nunca o foi) <sup>159</sup>.

---

156 "Já tivemos a oportunidade de nos manifestar contrariamente à exclusão do artigo 185 do Código Penal pela Lei nº 10.695/03, que dispunha (...). A nosso ver, "se há um direito moral de autor que necessariamente deve ser preservado, inclusive com a manutenção do tipo penal específico para incriminar a respectiva violação, é o direito de o autor ser reconhecido como o criador de uma determinada obra. A preservação desse direito não mais tem como fundamento apenas o interesse individual do autor, mas de toda a coletividade, de forma a garantir às pessoas a correta informação acerca da procedência das obras intelectuais disponibilizadas. Dessa forma, não vemos razão para a Lei 10.695/03 ter suprimido o artigo 185 do Código Penal. "Na verdade, a criação de uma tipificação criminal com pena específica para a falsa atribuição de autoria, na redação anterior do Código Penal, justificava-se pelo valor relevante que esse direito moral de autor representa para a nossa sociedade" CARBONI, Guilherme C. A lei 10.695/03 e o direito autoral. *Gazeta Mercantil, Caderno Legal & Jurisprudência*, 1/set.,2003, p. 1.

157 PONTES DE MIRANDA, op. cit.

158 ABRÃO, op. cit., loc. cit.

159 Mas poderia continuar a sê-lo a outros títulos, como notam Pimenta e Pimenta, op. cit., loc. cit. "Outro é o exercício ilícito de direitos, quer fazendo se passar por titular, e não o sendo; quer fazendo-se passar por representante, sem o ser. Em tais hipóteses, identificamos as ações, quando resultem de ganho para o autor, como um estelionato (art. 171 do CP), em relação à vítima. Em relação ao mercado, e outros legítimos titulares e representantes, o tipo da concorrência desleal (art. 195, XII do LPI)."

## Dos critérios para apuração de plágio

Discutindo até agora a definição do plágio como ato reprovável nos vários sistemas pertinentes, vemos que pode-se propor como fazemos uma noção única: é a ocultação da origem alheia de um elemento da produção que se apresenta como própria.

As consequências desse ato, no entanto, são variadas, e as exigências para o enquadramento nos vários sistemas são diversas. Essa multiplicidade, aparentemente, tem dificultado o tratamento da questão, mesmo pelos mais atilados doutrinadores.

Provavelmente ninguém se oporia à observação de Blanc, supra mencionada, de que plágio é antes de tudo uma questão de *bon goût*, a que Antero de Quental provavelmente notaria em adendo: "essa falta de querer caminhar por si, de dizer e não de repetir, de inventar e não de copiar"<sup>160</sup>.

Assim, quem transcreve, usa, cita ou alude àquilo que genericamente classificamos de criação intelectual, sendo ela alheia, mas tomando-a como própria, será sempre deselegante, se pior não for.

Passo além é a das sanções sociais, que importam já não mais na censura dos Caius Petronius de cada espaço humano, mas em perda de chances e bolsas, e em demérito profissional. Passo ainda além é a sanção ética ou propriamente das normas deontológicas profissionais.

Num crescendo de formalização, e numa exigência sempre superior de resguardo de direitos e garantias, essa escala abrange até aqui um campo muito vasto de criações intelectuais. Descobertas, fatos, idéias, concepções abstratas, científicas ou de outra natureza, tudo o que significa algum contributo ao conhecimento e à cultura pode ser atribuído a um originador, o introdutor de um *novus* à esfera humana.

Todos esse contributos são, porém, de uso livre por aqueles a quem a criação intelectual é comunicada, de forma que a nomeação e a paternidade não correspondem diretamente nenhum proveito econômico.

Alguns dessas criações, no entanto, entram no espaço de classificação do direito autoral. Aqui também se terá a acolhida do dever de atribuir o nome e a paternidade ao originador, mas acrescido do dever de excluir-se dos efeitos patrimoniais diretos do uso da criação intelectual. O que cai nesta esfera é um subconjunto restrito das criações intelectuais. Nem tudo o que é objeto da tutela do bom gos-

---

160 Bom Senso e Bom Gosto. In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2012. [Consult. 2012-01-16]

to, nem tudo que é objeto da censura deontológica entrará neste círculo de proteção.

Aqui os estudos dos doutos são muito mais atentos, as classificações mais esforcadas, ainda que não precisas. Como há uma garantia (jurídica, não econômica) de efeitos patrimoniais diretos, e essa garantia resulta de uma intervenção formal do estado através de uma vedação do uso livre das criações, justifica-se a restrição. O princípio, a que se preiteia respeito, de que as idéias, fatos, concepções abstratas, etc., não caem neste campo restrito, mas devem manter-se no mesmo espaço de liberdade de fruição em que estavam nos estamentos anteriores, reduz a proteção do direito autoral às *expressões*.

#### Onde haverá sempre infração

Assim, quem repete a descoberta de um astrônomo com as exatas palavras com que ele se expressou ao relatar o achado, comete um ato reprovável desde o círculo do bom gosto até a violação de direitos autorais. Salvo... se indicar que aquelas são as palavras do originador do conhecimento, e não exceder a transcrição àquela proporção necessária para ser fiel à verdade científica.

Mas... e se o transcritor da descoberta parafrasear?

Porém, o que creio ter fugido à atenção do ilustre sentenciante é que, tratando-se de mero jogo de palavras, com a repetição de algumas delas e a exclusão de outras, a apelante apenas parafraseou o texto de propriedade das apeladas, o que prescinde da sua licença.

Com efeito, o artigo 47 da Lei 9.610, de 19/02/98, dispositivo incluído no capítulo que elenca as limitações existentes ao direito autoral, prescreve: Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito. Lado outro, o dicionário Aurélio Eletrônico assim define o termo paráfrase:

Paráfrase. [Do gr. *paráphrasis*, pelo lat. *paraphrase*.] S. f. 1. Desenvolvimento do texto de um livro ou de um documento conservando-se as idéias originais; metáfrase. 2. E. Ling. Modo diverso de expressar frase ou texto, sem que se altere o significado da primeira versão. 3. Tradução livre ou desenvolvida. 4. Fam. Comentário malevolente.

Conclui-se, então, que quando determinada pessoa, utilizando-se da idéia, dos argumentos contidos em um texto, altera-o, mantendo o sentido original, está parafraseando tal texto. O raciocínio acima serve de fundamentação às conclusões do ilustre Juiz Relator, quando afirma que, nos termos do artigo 8º, inciso I, da Lei de Direitos Autorais, as idéias não podem ser objeto da proteção prevista naquele diploma.

Destarte, se no caso dos autos a idéia foi mantida, assim como o sentido, como bem definiu o juiz sentenciante, mas houve um desenvolvimento do texto original, expressando a mesma significação de modo diverso, não se pode falar em plágio, mas em pura e simples paráfrase, que independe de autorização do autor e pode ser realizada livremente, nos termos do dispositivo legal citado. TJMG, AC 2.0000.00.392118-8/000(1), Quinta Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, Des. Francisco Kupidlowski, 26/06/2003

Assim, a tendência de se ensinar aos estudantes a prática da paráfrase, se não com o fito de praticar impunemente o plágio (pois o ocultamento é vedado, sempre), com o de evitar a reprodução não autorizada <sup>161</sup>.

### Os métodos literais

Assim, os métodos para determinar a infração são diversos conforme o tipo de empréstimo oculto de que se trata, e a que nível de normatividade se inspeciona.

Quando se cuida da reprodução literal de texto (e nos ateremos aqui às modalidades de expressão literária, inclusive a doutrinária ou científica) os métodos mais em voga partem da presunção que a simples coincidência de uma sucessão de palavras vai-se tornando implausível na proporção do tamanho de uma cadeia. A partir de um número de palavras, pareceria mais plausível que houvesse cópia não autorizada, do que o simples acaso.

Refletindo a opção de um número de softwares de detecção primária de plágio, Sorokina <sup>162</sup> propõe que sete palavras sucessivas existentes entre dois textos seria um índice suficiente de que existiria cópia; não autorizada, ou não justificada pelas limitações pertinentes, tal cópia importaria em violação. Outros autores propõem cadeias de dimensões diversas, sempre ponderando que - conforme a área de conhecimento - a probabilidade de repetição dos mesmos lexemas entre dois textos tende a crescer.

No entanto, este método é apenas indicial; como já se frisou, não são as palavras coincidentes que implicam em violação de direitos, mas em quanto tais cadeias representem o elemento contributivo da criação intelectual <sup>163</sup>. Há sempre a hipó-

---

161 Ainda que não seja objeto deste estudo, igualmente exclui a violação o exercício da paródia. Art. 47. "São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito". A propósito, veja-se: "A polêmica, todavia, gira em torno da reprodução gráfica que em sua campanha eleitoral o PDT faz a partir da reprodução gráfica da campanha publicitária desenvolvida pela agravada, que afirma assim ver usurpada sua criação intelectual para fim completamente diverso ao de sua criação. Trata-se, então, de apurar se na situação em exame ocorre paródia.(...) Nesses e em tantos outros exemplos clássicos de paródia encontramos sempre o fato de que o autor inova em cima de outra criação, introduzindo fator de perplexidade ou de comicidade; imprescindível contudo é a existência de outra obra. No caso dos autos o agravante utilizou-se da criação da agravada e, inegavelmente, nela introduziu fatores de diferenciação, suficientes para qualquer destinatário da propaganda política saber que não se confunde esta com a campanha publicitária, e que ao mesmo tempo acrescenta comicidade. Resulta claro que a hipótese é de autêntica paródia, pois há elaboração criativa de propaganda em cima de criação publicitária, com introdução de elementos característicos daquela, com aspectos humorísticos, inexistindo mera reprodução e descrédito para a criação originária. Conclui-se, então, que a campanha política realizada nos moldes aqui referidos pelas partes, nos termos do artigo 47 da lei 9610 /98, não afronta direito autoral." TJRJ, AI 2000.002,09901, Primeira Câmara Cível, Des. Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo, 3 de outubro de 2000.

162 SOROKINA, Daria; GEHRKE, Johannes; WARNER, Simeon; GINSPARG, Paul. Plagiarism detection in arXiv. Proceedings of the Sixth International Conference on Data Mining 1070–1075, DOI:10.1109/ICDM.2006.126, arXiv:cs/0702012v1 [cs.DB]. Tal método é criticado em Bouville, op. cit. e em ECKEL, Edward J.. Textual Appropriation in Engineering Master's Theses: A Preliminary Study, Sci Eng Ethics DOI 10.1007/s11948-010-9214-6. Disponível em: [http://pioneer.netserv.chula.ac.th/~mkuntine/391/writing2/writing2\\_07.pdf](http://pioneer.netserv.chula.ac.th/~mkuntine/391/writing2/writing2_07.pdf). Acesso em 12/01/2012, especialmente pela sua imprestabilidade para detectar plágio de ideias.

163 POLI, Leonardo Macedo. Direito Autoral. Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.127-129. "O plágio não se configura pela simples coincidência de elementos entre duas obras, mas pela identidade criativa entre ambas. Há a possibilidade de

tese de que os elementos coincidentes sejam expressões usuais ou necessárias do campo pertinente, ou outra remissão a elementos comuns.

Além deste crivo indicial, os testes procederão levando em conta outros elementos que demonstrem a implausibilidade das coincidências em face de elementos subjetivos e objetivos pertinentes <sup>164</sup>.

### Os métodos não literais

Especialmente no tocante às escritas de maior cunho expressivo, a doutrina autoralista tem apontado um nível a mais de constructo, que seria objeto de proteção ainda que não tendo caráter literal <sup>165</sup>. Aqui, o encobrimento da origem se dá de forma complexa – omite-se o originador, e transforma-se a literalidade do texto emprestado, para ir-se subtrair solertemente os elementos formais (daí, protegidos por direitos autorais) de caráter estrutural.

É o que nota Manoel J. Pereira dos Santos, num dos mais importantes livros brasileiros do nosso capítulo do direito <sup>166</sup>:

No direito europeu, desenvolveu-se desde Kohler a tese de que, ao lado da forma diretamente perceptível através da qual a obra se exterioriza (“*äussere Form*”), existe uma forma interna (“*innere Form*”) que representa a estrutura da criação final. Existem, pois, três ele-

---

haver coincidências fortuitas na criação, que se distinguem do plágio, justamente por não constituírem em ato de elaboração abusiva de obra”. Neste passo, o autor se vale de ALGARDI, op. cit., p.437.

164 Não é possível deixar de mencionar, por sua consagração, o teste propugnado por Hermano Duval, op. cit. “50 - Teste das semelhanças Para estabelecê-lo, a prova do acesso poderia ser substituída pelo teste das semelhanças, cujo funcionamento já foi esclarecido no tópico Retro, de n.45. Em tal emergência, o teste da semelhança revelará o plágio através os seguintes convincentes indícios: a - repetição dos erros do autor original; b - traços isolados de cópia literal; c - traços isolados de semelhanças através de secundárias alterações de fatos comuns, embora insignificantes; d - qualidade e valor das semelhanças como índice superior ao da respectiva quantidade, especialmente se considerados à luz do teste da imaginação e da habilidade literária dos autores em conflito; e - comparação da habilidade literária e do poder de imaginação do autor original às do pseudo infrator no sentido de apurar se este podia, independentemente daquele, ter criado as semelhanças apontadas”. Como nota LAF-FER, op. Cit., os erros que aparecem em comum, mas que figuram na no texto dito plagiado num contexto em que este não é substantivo ou original não indicam violação.

165 Numa distinção amplamente seguida no Brasil, Henrique Gandelman distinguiu entre “plágio material, facilmente identificado” e o “plágio virtual (ou ideológico)”. GANDELMAN, Henrique, op. cit.. Não nos utilizamos desta terminologia. Preferimos, neste contexto, a alternativa sugerida por Karin Grau-Kuntz, op. cit., “Em outras palavras, e adotando a terminologia alemã, diz-se que o plágio material seria consubstanciado pela usurpação dissimulada da forma externa (*äußere Form*) da obra, enquanto que o plágio estrutural se manifestaria na usurpação dissimulada da forma interna da obra (*innere Form*).” Isso posto, deve-se lembrar que não subscrevemos neste estudo à concepção que plágio seja a ocultação do texto literal, mas sim ocultação do sujeito, inclusive através do enublamento textual.

166 SANTOS, Manoel, op. cit.. Prosseguindo, o autor aponta um problema crucial para aplicação desta categoria analítica aos textos científicos ou, talvez, também, aos doutrinários: “Não obstante, cabe distinguir-se na proteção de elementos não-literais entre uma obra de ficção e uma obra factual ou científica, estando essa distinção baseada na diversidade da expressão da ideia. Numa obra histórica ou científica, a criatividade na expressão formal é pequena, visto residir o mérito da obra no seu conteúdo, de forma que a proteção para os elementos não-literais deveria ser menor.” O Direito de Autor seria a ferramenta adequada para impedir o aproveitamento indireto desses elementos originais que integram a estrutura da obra - mas, no programa de computador, “na medida em que a forma interna esteja diretamente relacionada com a funcionalidade, não estará protegida pelo Direito de Autor, uma vez que este não tutela a estrutura em si mesma”.

mentos básicos em toda obra intelectual: o tema, a forma interna e a forma externa<sup>167</sup>. A expressão “forma interna” recebeu no direito francês o termo “composição”<sup>168</sup>.

Alguns autores, porém, consideram difícil separar a forma interna protegida do conteúdo não protegido<sup>169</sup> e, evidentemente, distingui-los é uma das tarefas mais difíceis no Direito de Autor<sup>170</sup>.

### O que seria essa forma interna? Responde San Tiago Dantas<sup>171</sup>:

"corresponde forma própria, não no sentido exterior dessa palavra, via de regra aplicada aos meios de manifestação do pensamento, mas no de ideação, de arcabouço interno, de definição de situações, de personagens, sua interação na perspectiva do tempo",

Assim, para esse estamento da análise o método literal se mostra insuficiente, mesmo de maneira indicial. Cabe assim retornar a José de Oliveira Ascensão<sup>172</sup>, exatamente no tratamento desse problema:

Para melhor podermos apreciar o significado dessas semelhanças, vamos retomar o que anteriormente dissemos sobre a relação entre forma e conteúdo, ou sobre forma interna e externa: portanto, de tudo aquilo que nos leva a concluir que a obra, sendo embora sempre a mera expressão de uma idéia ou concepção, não se limita à aparência externa. A obra é expressão, mas a expressão é mais do que a aparência.

Em primeiro lugar, o plágio pode incidir sobre a **estrutura** da obra.

A estrutura, já o dissemos não se confunde com a idéia ou tipo de jogo que está em causa. É já uma projeção desta. Abarca fases, encadeamento, prêmios e penalidades e assim por diante. Assim como numa peça teatral há uma estrutura básica que dá a unidade da peça, assim a há também num videogame. Não são as regras do jogo, que como vimos não são objeto do direito de autor; mas são mais que a concepção, que não examinamos. São já *expressão*, que pode ser enquadrada no conceito de *forma interna* da obra.

Aqui, é importante recordar a tripartição a que chega Karin Grau-Kuntz:

- idéia
- estrutura
- eventual expressão criativa<sup>173</sup>.

---

167 [Nota do original] Vide FRASSI, Paola A. E. op. cit. p. 322-324; CASELLI, Eduardo Piola, op. cit., p. 615.

168 [Nota do original] DESBOIS, Henri. Le Droit d'Auteur en France. 3. ed., Paris: Dalloz, 1978, p. 32.

169 [Nota do original] Cf. CASELLI, Eduardo Piola. op. cit. p. 182.

170 [Nota do original] Um dos primeiros testes para esse fim foi introduzido nos Estados Unidos no caso Dymow v. Bolton, 11 F.2d 690 (2d. Cir. 1926): “[I]f the same idea can be expressed in a plurality of totally different manners, a plurality of copyrights may result, and no infringement will exist” (“[S]e a mesma idéia pode ser expressada em uma pluralidade de maneiras totalmente diferentes, uma pluralidade de direitos de autor pode resultar, e nenhuma infração existirá”).

171 DANTAS, San Tiago. Divulgação clandestina de obra literária pela radiofonia, in Problemas de direito positivo: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 2º ed., 2004, p. 411.

172 No parecer manuscrito já mencionado.

Estando excluída da proteção a idéia (...) e deixando para depois os elementos que podem ser enquadrados na expressão criativa, temos a estrutura, como modo de expressão de cada autor, que merece a proteção do Direito. Isto é muito visível hoje na literatura, em que se tornaram quase obrigatórias as inversões cronológicas na narração. O modo de integrá-las é construção de cada autor. Ainda que o tema seja o mesmo, a estruturação dada diverge profundamente se a obra for criativa ou original. Porém, se um autor imita a estrutura da obra feita por outro, buscando disfarçá-la com alterações menores, está cometendo um plágio, porque se apropria aleivosamente de obra alheia; neste caso através do aproveitamento da estrutura criativa de outro autor.

(...) O segundo nível que detectamos atrás é o nível da seleção e composição. O plágio pode manifestar-se entre dois jogos quando a seleção e composição das várias cenas ou quadros revelam o parasitismo ou imitação de um jogo em relação a outro.

Por composição das cenas ou quadros compreendidos nos jogos entendemos antes de mais a inclusão ou não de certos enquadramentos e, em relação aos apresentados, a semelhança básica da sua apresentação e acomodação.

Os critérios propugnados pelo ilustre doutrinador não perdem de vista que a *forma interna* – para que possa ser objeto de transcrição ilícita - deve ser dotada de originalidade, no sentido de novidade e contributo mínimo atribuído a origem específica, e não genericada<sup>174</sup>. Copiar a estrutura e a organização da forma sonata, uma dado comum a todo um período e um verdadeiro arquétipo do discurso musical, não violará jamais direito autoral<sup>175</sup>.

#### Quando a elaboração é de menos, e a similaridade demais

Cabe, neste contexto, suscitar o elaborado parâmetro de que se utiliza a prática americana para identificar a infração por reprodução não autorizada, designado por regra da similaridade substancial<sup>176</sup>. A questão vestibular desse critério é que

---

173 [Nota do original] Lug. cit., p. 52. Como dissemos, acrescentamos a seleção e composição das cenas ou quadros.

174 BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. "Direitos Autorais. Imputação de plágio. Autoria de roteiro de programa televisivo consistente em entrevistas, música, moda, beleza e variedades. Formato comum, utilizado por diversas emissoras. Não demonstração de criação ou de originalidade. Roteiro consistente em mero conjunto de idéias, não protegido pelo direito autoral (Lei 9.610/98, artigo 8o, I) . Registro nos órgãos competentes que não enseja titularidade de direitos autorais. RECURSO NÃO PROVIDO" TJSP, Apelação com Revisão n. 562.989.4/6-00/ de São Paulo, Sétima Câmara de Direito Privado, Des. Elcio Trujillo, 17/9/ 2008.

175 Mais uma vez ALGARDI, op. cit., n° 74: "La elaborazione e definita da LEO BROCK [Osservazioni in tema di elaborazione delle opere dell'ingegno e di libera riproduzione]. Riv. Dir. Ind., 1954, 4. Nota a sento Casso 21 maggio 1953, Corte di App. Torino 2 maggio 1952, Trib, Torino 9 giugno 1951.] come la «utilizzazione in tutto o in parte rappresentativa e riconoscibile, della forma interna dell' opera originaria, trasfusa in una forma esterna totalmente o parzialmente nuova; mentre ove la modificazione colpisce così la forma interna come l'esterna, non ostante l'identità del contenuto, si avrebbe non naelaborazione di opera precedente, ma opera del tutto nuova; ove venisse al contrario conserva ta così la forma interna come, in tutto ciò che ha di caratteristico, quella esterna, ci troveremmo di fronte a una riproduzione dell'opera, se del caso, a contraffazione o plagio» . Affinchè vi sia elaborazione, e sufficiente che «un nucleo di elementi sufficientemente caratteristici e rappresentativi siano la base comune dell'unà e dell'altra opera». Se vi sono nuovi ele menti creativi, ciò non esclude di per se la illiceità dell' opera espressa in diversa forma, poichè essa può sempre costituire elaborazione illecita dell' opera originaria."

176 Seguiremos neste passo NIMMER, David e NIMMER, Melville B. Nimmer, op. cit., loc. cit.

haja empréstimo; todo o mecanismo é voltado no sentido de que haja suficiente empréstimo para causar violação autoral.

Aponta-se neste contexto os testes da abstração <sup>177</sup> ou, combinado a este, o dos padrões de abstração <sup>178</sup>; ou ainda, o da impressão geral resultante da comparação dos dois textos. Complexos e difusos, tais exemplos, no entanto, não parecem efetivamente resolver o problema do empréstimo não autorizado de caráter não literal.

### E como apontar o plágio de idéias?

Os métodos aqui se voltam a um plano distinto daquele seguido no âmbito dos direitos autorais. Fatos, idéias, concepções abstratas, todas essas criações intelectuais terão uma origem, individual ou coletiva. O discurso que as empresta – como vimos afirmando – não poderá omitir-se de indicá-la, não só para resguardar os eventuais interesses pessoais dos originadores individualizados, mas especialmente para garantir a consistência e coerência do discurso do conhecimento.

Assim, o caminho é outro. Segue-se aqui o caminho da sindicabilidade, da revelação das origens. Exemplificamos – paradoxalmente – com o percurso de um acórdão que acreditava perseguir violação de direitos autorais, mas, na verdade, caracterizou infração ética sem percebê-lo <sup>179</sup>. Tratamos aqui da AC 70021205489 do tribunal gaúcho, já mencionada algumas vezes.

Diz a ementa desse aresto:

---

177 "The test may be viewed as a continuum with pure idea at one end and pure expression at the other. As the idea travels along the continuum, it gathers concrete detail and becomes more complex. No longer a vague set of generalities, it cannot be summed up in a few words. A taking at this point is a taking of the author's expression. Although the abstractions test is a useful conceptualization of the problem, it does not clearly indicate where on the continuum an undue amount of plaintiff's expression has been taken. Perhaps all that can be said is that there comes a point where defendant's use of the general theme combines with similarities in details, scenes, sequence of events, characterization, and interplay of characters to constitute infringement. LEAFFER, op. cit.

178 Sempre Nimmer: Tomando Romeu e Julieta, no que propõe Shakespeare, e supondo que os direitos patrimoniais estivessem em vigor. A peça encarna a idéia geral de um amor implacável entre membros de grupos rivais. Esse tema será reproduzido em um sem número de alternativas, mas sem violação. No entanto, se confrontar ao récit de West Side Story (Peça de 1961, e filme musicado por Leonard Bernstein sobre libreto de Arthur Laurents, e letras de Stephen Sondheim) se teria as seguintes convergências do enredo: 1. A moça e o moço são membros de grupos hostis. 2. Eles se encontram em um baile. 3. Eles reconhecem o seu amor em uma cena noturna passada numa varanda (ou numa escada de incêndio). 4. A moça é noiva de outro. 5. O casal promete se casar. 6. Em um encontro entre os grupos hostis, o primo da moça (ou o irmão) mata o melhor amigo do moço. 7. Isso ocorre porque o moço tenta impedir o seu amigo de brigar, a fim de evitar a violência. 8. Em retaliação, o moço mata o primo (ou irmão) da moça. 9. Como resultado, o moço vai para o exílio (escondido). 10. Uma mensagem é enviada para o moço em seu retiro, narrando um plano para viabilizar um encontro dele com a moça. 11. A mensagem nunca chega ao moço. 12. O moço recebe informações erradas que a moça está morta. 13. Tomado pela dor, o moço se mata (ou se deixa matar). Segundo tais critérios, se teria aí suficientes pontos de contato para que – se ainda houvesse direitos patrimoniais em vigor, a violação ocorresse. Mas Nimmer nota que nem mesmo nesse caso se encontraria unânime resposta da jurisprudência americana.

179 Deve-se creditar ao excelente esforço do tribunal gaúcho o fato de que - respondendo ao que ressurgiu como concretização de efetiva justiça -, o acórdão não conseguiu ver dano patrimonial, ou seja, violação de direitos autorais, permanecendo na mesma infração do dever de nominação e paternidade que é comum entre o nível deontológico e o autoral.

O pleito do autor baseia-se na Lei n.º 9.610/98, que trata da legislação referente aos direitos autorais e conexos, assegura ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou (art. 22).

Assim, a análise aparentemente se propõe a examinar o empréstimo não autorizado e sem revelação de origem à luz da lei autoral. Mas procede indicando que não se fala de cópia literal:

As semelhanças entre duas obras e a utilização de parte substancial de uma na outra podem comprovar um eventual plágio. Deve ser testado é se a cópia de uma obra original utilizou substancialmente a habilidade técnica e o labor intelectual da obra original. Ocorre o denominado plágio virtual ou ideológico quando alguém utiliza e/ou explora o labor intelectual alheio.

O julgado filia-se assim ao corpo da doutrina segundo a qual é o contributo da obra dito plagiada que será o padrão de comparação. Tratamos aqui de obra doutrinária jurídica, no qual (como vimos) haverá necessariamente elementos fáticos e de domínio comum. Mas o julgado entende que houve cópia de elementos além desse estamento não apropriável:

Por mais que se considere o carácter de revisão bibliográfica de uma monografia, não houve o simples aproveitamento e coleta pela demandada de idéias, dados fáticos e históricos, levantados pelo autor na sua obra, alguns de manifesto domínio público.

A lesão - reconhecida – se configuraria pela ausência de contribuição própria da dita plagiadora, e pela apropriação, com ocultamento da origem, que pelo disfarce (por não reproduzir literalmente o texto dito plagiado) revelaria dolo:

A ré não preservou a sua identidade na elaboração da monografia, usurpando de elementos da (...) obra do autor, empregando meios de disfarce na sua reprodução, tudo a evidenciar o seu dolo na perpetuação do plágio.

Essa reprodução não autorizada seria da *estrutura* da obra dita plagiada:

(...) usurpando de elementos da estrutura da obra do autor (...)

Tal conclusão provavelmente resulta do laudo pericial, segundo o qual, após apontar elementos comuns entre os textos em confronto (que se voltam ao mesmo tema), conclui:

A exposição de vinte e quatro dos trinta e sete trechos da monografia transcritos na inicial, em contraste com trechos da obra do autor, permitem aferir que em todos há similitude de idéias.

O laudo, no entanto, não aponta quais *elementos estruturais* que teriam sido transcritos. Não indica quais *fases e encadeamento* (Ascensão), ou qual *arcabouço interno, definição de situações, de personagens, sua interação na perspectiva do tempo* (San Tiago Dantas) teriam sido apropriados; e nem em que tais elementos estruturais seriam *originais* do autor dito plagiado. Na verdade, o acórdão não se afilia a noção de *forma*

*interna*, mas simplesmente a de *plágio ideológico*. Assim, leva em conta, na doutrina de Gandelman, que toma como relevante *a habilidade técnica e o labor intelectual da obra original*. Ou seja, labor e perícia, mas não necessariamente contribuição, ou originalidade na *forma interna*.

Por tal razão, a decisão não avalia as contribuições novas e originais da *forma interna*. Procura, ao invés, uso de esforço ou labor alheio, ainda que, pelas regras do direito autoral, o simples denodo ou gasto mereça encômios, mas não atribuição e muito menos uma exclusiva. Na verdade o acórdão aponta outros fatos, que inquina como reprováveis:

No caso, da leitura atenta dos estudos comparativos da monografia da ré com a obra do autor, dos originais dos dois textos e também do exame de obras citadas por ambos os autores, verifica-se que em grande parte das passagens copiadas e não-citadas da obra do autor, há a utilização de instrumentos linguísticos para disfarçar o plágio, é dizer, alterações das orações, inversões de palavras e a retirada de algumas frases para composição de sua monografia, somente havendo uma única citação do nome do autor na p. 39 da revista.

Assim, há “passagens copiadas e não-citadas da obra do autor” com elemento de paráfrase; verbera-se a *infrequência do nome do autor* que se alega ter sido plagiado. Não há qualquer ênfase na originalidade do texto que se diz plagiado.

Pelo contrário,

Assim, o exame do original no livro deixa assente que a ré não tomou contato com o original escrito por este autor clássico, valendo-se da obra do demandante para citá-lo na passagem mencionada, o que afronta o direito autoral do requerente em ver o seu nome indicado indiretamente (cfe.) como fonte de consulta. (...) constata-se que o texto da ré contém os mesmos dois erros do texto do autor, é dizer, as palavras ‘sentimento’ e ‘transcendiendo’ que, no original da versão espanhola de Karl Lowenstein estão escritos corretamente de forma diferente: *sentimiento* e *trascendiendo*. Tal similitude não pode ser considerada mera coincidência de idéias e de fonte de pesquisa.

O que se aponta como reprovável é que a transcritora não seguiu os parâmetros metodológicos de busca nas fontes originais, e nem sequer indicou o autor dito plagiado como fonte de consulta. O *labor* do autor transcrito foi aproveitado (não sua contribuição original), sem que se o mencionasse.

Com efeito, o aresto claramente identifica o plágio não literal com o aproveitamento do esforço alheio:

Ela deixa assente a ocorrência de *plágio virtual* ou *ideológico*, mediante a utilização e a exploração da pesquisa e labor intelectual alheios.

Sempre a reprovação pela falta de menção do labor:

Esta passagem é colocada entre aspas na monografia da ré (p. 39-40), citando, ao final entre parênteses, CANOTILHO como seu autor, ausente, no entanto, a verdadeira fonte de consulta, isto é, a obra do autor (...).

A mesma reprovação se verifica quando a transcritora do texto dito plagiado usa as mesmas *informações*:

A ocorrência de *plágio virtual* ou *ideológico* também é percebida na similitude de informação, cujas diferenças de escrita não inibem a presença da originalidade da redação do autor (...)

Assim, o uso de *informações* sem indicar a fonte *de onde foram colhidas* é reprovável.

Na verdade, o que o julgado particularmente recusa é a falta de menção do autor que se entende plagiado:

Assim, a demandada, ao utilizar-se da obra do demandante, indicando-a na bibliografia, porém ausente a citação do nome do autor e/ou a página respectiva, violou direito moral do autor de “ter o seu nome indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra”, na esteira do art. 24, inciso II, da Lei 9610/98.

39. De outro lado, o art. 46, inciso III, da Lei nº 9610/98, que prevê a necessidade de fazer citação entre aspas<sup>180</sup>, acompanhada da integral citação da fonte, foi infringido, porquanto, conforme referido, o exame comparativo de alguns excertos apontados pelo autor como plagiados denota a falta de citação da obra do réu como fonte de pesquisa de autores como Karl Lowenstein e JJ. Canotilho, os quais não foram consultados no original, nem citada a obra do autor/requerente de onde se extraíram as citações.

É fato que o julgado concede que o autor dito plagiado não é criador originário, ou original, mas *selecionador e organizador*<sup>181</sup>:

Em que pese o esforço defensivo da ré, se efetivamente o seu trabalho fosse um esforço de reflexão e leituras diversas sobre o tema, fato é que não se perceberia tamanha similitude nas passagens citadas, a ponto de, em algumas delas, ficar evidente que a autora não consultou a obra original e sim reproduziu o entendimento de terceiro da maneira como foi selecionado e organizado pelo autor em sua obra.

Ora, o ofício de selecionar e organizar dados, informações, e elementos de criações alheias pode vir a ser criação intelectual, como preceitua o art. 7º da lei autoral:

---

180 A falta de aspas ou outros elementos de identificação ao citar elemento alheio é contrário às regras de redação acadêmica, e encontra reprovação na casuística: "Condena-se o plágio que consiste na consciente apresentação de textos elaborados por outrem, modificando - os ou não, como se fossem de sua autoria. Não se proíbe, é evidente, a professores e estudiosos de ministrarem aulas, utilizando - se de coleta de conhecimentos auferidos de livros e obras didáticas, com citações, menções, considerações, comentários. Tudo isto é salutar; porque trata - se de fundamentação embasadora dos ensinamentos proferidos, através de outras pesquisas realizadas. Mas, para isto há as aspas, parênteses, colchetes, hifens e travessões ou, até mesmo "negritos". TJSP - Ap 178.064 - 8.ª Câmara - j. 24/11/1992 - rel. Villa da Costa. Mas o dispositivo legal citado certamente não impõe o uso de aspas: "Art. 46, III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra".

181 O acórdão menciona que às tantas a transcritora reproduz tradução informal do autor que se sente plagiado; tal tradução ter-se-ia feito incidentalmente, no exercício do direito de citação de obra de terceiros.

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, *por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo*, constituam uma criação intelectual.

No entanto, para que haja proteção dessas seleções e organizações exige-se *forma criativa*, o que se poderá assimilar sem grande esforço, neste contexto, à noção de originalidade como contributo objetivo:

Quais os critérios de proteção a serem aplicados às bases de dados para que sejam acolhidas no direito autoral?

Devido à assimilação com as compilações de obras preexistentes, prevaleceu o mesmo critério. Isto significa que as compilações de dados são protegidas, não enquanto simples acervo de dados ou outros materiais, mas sim na medida em que sistematizam, organizam e disponibilizam esses elementos *de forma criativa*. O critério expresso nos Artigos 10.2 do Acordo TRIPs e 5º do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de 1996: seleção ou disposição do conteúdo. A atual Lei Autoral Brasileira é ainda mais descritiva: seleção, organização ou disposição do conteúdo.<sup>182</sup>

Assim, reprovando a ocultação das origens – sem na verdade determinar se essa origem teria os requisitos de originalidade que lhe permitissem constituir *obra intelectual* protegida por exclusiva -, o acórdão exercitou apenas censura deontológica.

A monografia inquinada não permite a busca orgânica e sistemática das fontes, pois oculta seu processo de originação. Além disso, ignorou o originador, por economizar nas aspas. Assim, inaceitável *como elemento do discurso doutrinário em direito*.

Aliás, ainda que arguindo razões processuais, o aresto se recusou a dar os efeitos patrimoniais à infração reconhecida.

## **Conclusões**

### **Da noção de plágio**

Como expomos neste estudo, o plágio é objeto do direito autoral; mas só em parte. Normas de outra natureza colhem este instituto, inclusive de caráter social, funcional e deontológico.

Em face dos arts. 108 e 24 da Lei 9.610/98, “quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete” comete ato ilícito. Com efeito, é parte dos direitos morais do autor “o de reivindicar, a qual-

---

182 SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. Considerações Iniciais sobre a Proteção Jurídica das Bases de Dados. In FILHO, Adalberto Simão; LUCCA, Newton de (Org.). Direito & Internet. Bauru: Edipro, 2000, p. 283-297.

quer tempo, a autoria da obra e o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra”.

Não há definição direta na lei do que seja plágio. No entanto, entendemos sê-lo a *ocultação da origem alheia de um elemento da produção que se apresenta como própria*.

Neste sentido, o plágio pode ser, separada ou cumulativamente, infração das normas sociais de conduta, violação das normas deontológicas ou de ética acadêmica, e violação de direitos autorais.

Haverá violação de direitos na reprodução não autorizada de elemento de obra intelectual de terceiros, na vigência e nos limites de direito autoral que proteja tal obra intelectual - *com* ou *sem* ocultamento da fonte de onde a a reprodução se faz. O ocultamento é apenas uma das modalidades desta violação.

Nesta última hipótese, o plágio será objeto das sanções civis e penais pertinentes, previstas em lei para tal infração.

Mas haverá plágio, sancionável pelas demais normas citadas, em todos casos de ocultamento da origem alheia de um elemento da produção que se apresenta como própria, mesmo em condições onde não exista violação direta de direitos autorais.

## **Reprodução de elementos não literais**

Mesmo no âmbito mais constricto do *plágio autoral*, se configura o ilícito tanto através de reproduções literais de texto, com cópia ou transformação da chamada *forma externa*, quanto no caso de uso não autorizado da chamada *forma interna*, ou seja – como o precisa Ascensão em trecho já citado

se um autor imita a estrutura da obra feita por outro, buscando disfarçá-la com alterações menores, está cometendo um plágio, porque se apropria aleivosamente de obra alheia; neste caso através do aproveitamento da estrutura criativa de outro autor.

No âmbito mais lato do *plágio acadêmico*, não só tais reproduções não autorizadas, com ocultação de sua origem, são vedadas, mas igualmente o uso de *idéias*, *concepções abstratas*, enfim, criações intelectuais não protegidas pelo direito autoral, ou não mais protegidas.

Assim, não só haverá plágio na simples transcrição, como haverá também no empréstimo da estrutura criativa, e mais, das próprias idéias constantes de qualquer criação intelectual, desde que o objeto refletido pelo plagiador seja *novo* e dotado de um mínimo de *contribuição* à arte, ao conhecimento ou ao direito.

No caso de reprodução não autorizada de *forma interna* ou *forma externa*, de obra intelectual protegida pelo direito autoral, as mudanças não-essenciais de ordena-

ção de elementos não afastam a violação da Lei 9.610/98 ou, presente o requisito volitivo, do art. 184 do Código Penal.

No caso de ocultamento sancionado pelas normas sociais, deontológicas, ou em geral da ética acadêmica - de mesma forma - a simples mudança na ordenação dos elementos textuais, extra-textuais ou das idéias não desconfigura a reprovabilidade.

## **Da interpolação de textos próprios e alheios**

No trecho já duas vezes citados, diz Algardi:

"A proporção entre a obra, ou parte da obra plagiada, e da que plagia, irá determinar a gravidade do plágio, o seu próprio significado jurídico, mas não a sua existência. E já que a obra é tutelável na sua totalidade, em todos os seus "elementos construtivos", em todos os aspectos a sua criação, o plágio da mesma forma subsiste mesmo quando não haja usurpação da individualidade orgânica do original"

Não será a intercalação de texto próprio e alheio que afastará a infração. O *quantum* do uso de texto próprio em face do texto alheio poderá, sim, afastar a violação de direitos patrimoniais de autor. Mas não excluirá a aplicação do ilícito de ocultamento a que repelem os art. 108 e 24 da lei autoral.

Mais do que isso, a interpolação de textos alheios, ou mesmo de elementos não protegidos pelo direito autoral, cuja origem se oculta, sem que se lhe reconheça o crédito, é infração das normas sociais, deontológicas, ou em geral da ética acadêmica.

## **Da ação do tempo sobre o plágio**

O plágio é fato de infração a normas jurídicas e de outra natureza, que sempre afetará – pelo menos – os princípios da ética acadêmica e, em muitos casos, os parâmetros deontológicos pertinentes. Não deixa de ser plagiário aquele que pratica tal ato além dos prazos das ações judiciais pertinentes. A *reprovabilidade* do ato persiste, mesmo quando não mais exista qualquer direito autoral a se arguir, e seguramente além do prazo assinado para se pretender recuperação patrimonial.

Não é coisa pacífica o prazo de preclusão das ações de violação do direito autoral. No entanto, é de se citar o mais recente acórdão do STJ sobre a questão:

"CIVIL E PROCESSO CIVIL. DIREITO AUTORAL. PRESCRIÇÃO. DIES A QUO. PRAZO. NOVO CÓDIGO CIVIL. REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028. CONTAGEM. 1. O art. 189 do CC/02 consagrou o princípio da *actio nata*, fixando como dies a quo para contagem do prazo prescricional a data em que nasce o direito subjetivo de ação por violação de direito, independentemente da efetiva ciência da vítima. 2. O art. 131 da Lei nº 5.988/73 revogou o art. 178, § 10, VII, do CC/16, pois regulou inteiramente a matéria tratada neste. 3. Revogada a Lei nº 5.988/73 pela Lei nº 9.610/98 e como o art.

111 da lei revogadora (que dispunha sobre prazo prescricional) foi vetado, a matéria atinente à prescrição das ações relacionadas a direitos autorais patrimoniais passou a ser regida pelo art. 177 do CC/16, aplicando-se o prazo prescricional de 20 anos, visto que não houve previsão expressa de reconstituição do art. 178, § 10, VII, do CC/16, conforme exige o art. 2º, § 3º, da LICC. 4. O CC/02 não prevê um prazo prescricional específico para a violação de direitos do autor, de sorte que, com o seu advento, a matéria passou a ser regulada pelo art. 206, § 3º, V, que fixa um prazo prescricional de 03 anos para a pretensão de reparação civil, dispositivo de caráter amplo, em que se inclui a reparação de danos patrimoniais suportados pelo autor de obra intelectual. 5. Se, pela regra de transição do art. 2.028 do CC/02, há de ser aplicado o novo prazo de prescrição, o marco inicial de contagem é o dia 11.01.2003, data de entrada em vigor do novo Código Civil, e não a data do fato gerador do direito. Precedentes. 6. Recurso especial provido.". STJ, REsp 1168336 / RJ, Terceira Turma, Min. Nancy Andrighi, 22/03/2011

Note-se que, embora explicitando a prescrição dos *direitos patrimoniais*, o corpo do acórdão permite entender-se que também caduca no mesmo prazo a reparação dos direitos pessoais de autor.

Já no âmbito da rejeição ao *plágio acadêmico*, não só se tutela interesse transindividuais – o da integridade do discurso científico ou doutrinário -, quanto não incidem os prazos de perecimento das ações judiciais pertinentes. Os efeitos jurídicos dessa infração, que certamente não se limitarão às ações de violação de direitos autorais, persistem nos efeitos indiretos da ofensa às normas e princípios da prática acadêmica.