



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATA GUIMARÃES NASCIMENTO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRÁTICA DO PLÁGIO À
LUZ DO DIREITO DO AUTOR.**

Salvador
2015

RENATA GUIMARÃES NASCIMENTO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRÁTICA DO PLÁGIO À
LUZ DO DIREITO DO AUTOR.**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Maurício Requião.

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

RENATA GUIMARÃES NASCIMENTO

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRÁTICA DO PLÁGIO À LUZ DO DIREITO DO AUTOR.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

Aos

meus pais, por tudo o que são e por
tudo o que sou.

AGRADECIMENTOS

Obrigada ao meu orientador, Prof. Maurício Requião, pela compreensão, disponibilidade, atenção e apoio oferecidos ao longo desse trabalho. A Prof. Amanda Fonseca, pela solicitude e grande ajuda disponibilizada. Aos meus amigos de faculdade, pela parceria ao longo dessa jornada. Érica, Fernanda, Janaína, Márcia e Mariana, vocês são especiais. A Lorrana e Flávia, que tornaram os exaustivos dias de produção mais fáceis. A Rafael, pela paciência e compreensão que aprendeu a ter, pelo carinho e força contagiantes. Às minhas avós. Às minhas irmãs. Aos meus pais, meu porto seguro, com os quais quero sempre andar de mãos dadas, que me entendem e conhecem pelo olhar, e aos quais devo a vida, além de toda minha gratidão, respeito e admiração.

“A transgressão ao que é lícito não encontra suporte nos que se propõem a exercer com fidelidade o que determina a Lei.”

Roberto Queiroz Marques

RESUMO

O presente trabalho monográfico se propõe a examinar o plágio e a responsabilidade civil decorrente da prática de tal violação ao direito autoral. Para tanto, fez-se mister analisar o direito autoral brasileiro, seu surgimento, função social, conteúdo, objeto de tutela, sujeito de direito e diploma normativo. Ademais, se contrapôs como a legislação tenta equalizar o direito de exclusividade de exploração da obra do autor com o direito social de acesso à informação e à cultura. Abordando ainda de que modo o desenvolvimento tecnológico afeta as garantias autorais. Passado isso, se verificou em que consiste o plágio, sua história, suas excludentes, modalidades e elementos. Abordou-se também a questão da autonomia privada nas relações de direito autoral. Analisou-se ainda o instituto da cópia privada, e as criações doutrinárias do *fair use* e do *ghost-writer*, além do modelo cooperativo jurídico de licenciamento, o *creative commons*. Quanto à determinação, caracterização do plágio, discorreu-se com base em variados autores, para, ao fim, entender como se pode valer, na prática, das teorias e entendimentos por eles formulados, o que se fez com o auxílio de análise jurisprudencial, a fim de comparar a realidade dos tribunais com a teoria. Por fim, adentrou-se no mérito da responsabilidade civil, iniciando-se por seu conteúdo, suas características gerais e pressupostos de cabimento, não deixando de lado a aplicação da legislação específica ao tema, já que mais detalhada, e pelas previsões de obrigações acessórias constantes nela, bem como se verificou a atuação dos tribunais nesse sentido.

Palavras-chave: plágio, determinação, direito autoral, brasileiro, responsabilidade civil.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC/02	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
EUA	Estados Unidos da América
LDA	Lei de Direitos Autorais
nº	Número
SBT	Sistema Brasileiro de Televisão
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TJ- SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PLÁGIO	12
2.1 INTRODUÇÃO AO DIREITO AUTORAL BRASILEIRO	12
2.2 DEFINIÇÃO DO PLÁGIO	21
2.2.1 Breve histórico	21
2.2.2 Conceito e generalidades	23
3 DETERMINAÇÃO DO PLÁGIO	34
3.1 CRITÉRIOS DOUTRINÁRIOS	34
3.2 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL	45
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	55
4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	55
4.2 PELA PRÁTICA DO PLÁGIO	61
4.2.1 Atuação dos tribunais	70
5 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

O direito autoral possui grande magnitude, seu conteúdo não é tão simples quanto aparenta, ao contrário, é um ramo do direito privado de tamanha nobreza, que se propõe a equalizar uma garantia fundamental e individual do autor, com garantias fundamentais universais, constitucionalmente definidas, visando alcançar algo ainda maior, o desenvolvimento sócio-cultural da coletividade.

Por tais motivos, não poderia alguém que o infringe ser tratado com parcimônia, devendo surgir para este consequências tão gravosas quanto a conduta por ele perpetrada. Com base nisso, o que se quer é analisar como se dará a responsabilização civil daquele que viola esse direito, mais especificamente, pela prática do plágio, uma das modalidades de ilícito autoral.

Para tanto, deve-se saber em qual momento o homem passou a se preocupar com essa questão e quais os meios legais que se dispõe hoje para a efetivação desse direito de conteúdo dúplice, já que composto por garantias de cunho patrimonial e moral inerentes ao autor, e que visa regular as relações jurídicas que surgem quando da criação de uma obra, não sendo, portanto, inato.

Esse conhecimento é que irá permitir a verificação de que o objeto tutelado não é a simples ideia ou criação, exigindo-se o cumprimento de formalidades que garantirão à elas o *status* de obra, sendo o seu titular o sujeito de direito, aquele que, por sua atividade criativa e de intelecção, gera uma extensão da sua dignidade, enquanto pessoa humana, no mundo dos fatos.

Uma vez surgindo para alguém esse direito, emergirá um correlato dever geral de respeito, o qual, não raro, poderá ser descumprido de formas variadas, dentre as quais está o plágio. O desenvolvimento tecnológico serviu como meio facilitador para a expansão dessa atividade ilegal, obrigando o legislador a criar meios de adequação a essa nova realidade social.

A atividade plagiária, conhecida há longos tempos, pode ser entendida minimamente como uma usurpação de autoria, mas seu conteúdo se estende para além disso. Desse modo, será útil conhecer suas modalidades, suas excludentes legais e doutrinárias, suas peculiaridades e modo de determinação, para só depois disso se adentrar no mérito da responsabilidade.

Sobre a determinação é que recairá o maior cuidado e estudo, pela grande subjetividade que cerceia o tema, e ante a omissão legislativa quanto à definição de critérios objetivos para averiguação da fraude aqui tratada. De modo que ficou a cargo da doutrina tal construção, atuando os tribunais em conformidade com os entendimentos e teorias formuladas pelos pensadores do direito que se debruçaram sobre o tema. Fatídico é que a averiguação da conduta infratora não escapará à necessidade de análise casuística.

Valendo-se disso, uma vez verificada que a conduta preenche os elementos caracterizadores do plágio, deverá o infrator arcar com os ônus de sua ingerência no direito alheio, fruto de atuação consciente e motivada. Para tanto, irá se analisar os pressupostos gerais da conduta, nexos causal, dano e culpa, da responsabilidade civil, aplicando-se ela ao caso, demonstrando como responderá o agente, por meio de indenização, cujo valor deverá exprimir os danos materiais e morais gerados, havendo que se falar ainda em obrigações acessórias e específicas ao direito ora violado. Essa análise também não deixará para trás a atividade dos tribunais, evidenciando como se dá a aplicação dos institutos de proteção autoral e sua eficácia na persecução das garantias legal e constitucionalmente previstas.

2 O PLÁGIO

Enquanto modalidade de violação ao direito autoral, para a análise do plágio faz-se necessário entender algumas questões. Inicialmente, deve-se examinar qual o conteúdo do direito autoral, seu objeto de tutela, quem são os titulares desse direito e qual sua disciplina legal, haja vista ser esse o ramo voltado para a coibição dessa conduta. A relevância também está no fato de o direito autoral contribuir para o desenvolvimento cultural da sociedade, pois, ao garantir direitos aos seus titulares, incentiva os mesmos à criação. Mas não é só isso, o legislador também busca, com árduo trabalho, equalizar os direitos exclusivos autorais aos coletivos sociais.

Estando a sociedade em constante mudança e desenvolvimento tecnológico, tenta-se adequar esse direito à realidade, principalmente diante da facilitação na prática das infrações ao mesmo, uma das quais o objeto de estudo desta, que será adentrada na segunda parte desse capítulo.

2.1 INTRODUÇÃO AO DIREITO AUTURAL BRASILEIRO

O Direito do Autor é um ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas que surgem quando da criação de uma obra. Ele, somado ao Direito da Propriedade Industrial, forma o que se conhece por direitos da Propriedade Intelectual. Os enfoques desses dois ramos do direito são diferentes, pois o Direito da Propriedade Industrial, enquanto ramo do Direito Empresarial, embora também trate de criações, tem sempre a figura do comerciante e, conseqüentemente, do lucro, vinculando-se aos interesses econômicos, técnicos e políticos, e evitando a concorrência desleal.¹ Já o direito autoral tem como máxima a defesa do autor e de sua obra em casos de utilização indevida por outrem, pois cabe somente a este indivíduo a exploração econômica de sua criação intelectual, só podendo ele autorizar ou não o seu uso, inclusive, sua reprodução.²

¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 5. ed, rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 3 - 5.

² ROBERTO, Wilson Furtado. A Cópia Privada e Direitos Fundamentais. In: DOS SANTOS, Manoel J. Pereira (coord.). **Direito de Autor e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

A história do direito autoral no Brasil é recente. O primeiro registro que se tem sobre a proteção aos direitos de autor é em 1827, com a Lei Imperial que criou as duas primeiras Faculdades de Direito no país, uma em São Paulo e outra em Olinda, lei esta que garantiu tutela jurídica, apesar de genérica e destinada à categoria específica, aos autores, que teriam privilégio exclusivo à sua obra por dez anos.³ Posteriormente a isso, tem-se o Código Criminal de 1830, que estabelecia penas para o crime de contrafação.⁴

Foi somente em 1891, que o direito autoral chegou ao nível constitucional, por meio do art. 72, § 26, da Carta Republicana,⁵ que estatuiu a exclusividade dos autores brasileiros e estrangeiros residentes no país sobre a reprodução de suas obras literárias e artísticas.⁶ Mas, o tratamento mais específico aos direitos autorais veio a ser dado, primeiramente, pela Lei 496 de 1898, denominada de Lei Medeiros de Albuquerque, que aumentava o período da proteção da obra, dentre outras coisas.⁷

Passado isso, merece relato a abordagem que o Direito do Autor recebeu pelo Código Civil de 1916, que, além de tratar do tema em sua Parte Geral, ainda

³ “Art. 7.º. Os Lentes farão a escolha dos compendios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accôrdo com o systema jurado pela nação. Estes compendios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém á aprovação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo aos seus autores o privilegio exclusivo da obra, por dez annos.” (BRASIL. **Lei Imperial de 11 de Ago. de 1827**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-11-08-1827.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.)

⁴ “Art. 261. Imprimir, gravar, lithographar, ou introduzir quaesquer escriptos, ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos, ou traduzidos por cidadãos brasileiros, emquanto estes viverem, e dez annos depois da sua morte, se deixarem herdeiros. Penas - de perda de todos os exemplares para o autor, ou traductor, ou seus herdeiros; ou na falta delles, do seu valor, e outro tanto, e de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplares. Se os escriptos, ou estampas pertencerem a Corporações, a prohibição de imprimir, gravar, lithographar, ou introduzir, durará sómente por espaço de dez annos.” (BRASIL. **Lei Imperial de 16 de Dez. de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.)

⁵ “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 26. Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gosarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.” (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional Constituinte, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

⁶ O Brasil só veio a incluir essa proteção ao direito autoral na Constituição após se tornar signatário originário da Convenção de Berna (1886), esta que ampliava a proteção às obras artísticas e literárias e foi promulgada no país por meio do Decreto nº 75.699 de 06 de maio de 1975. (CARDOSO, João Augusto. Direitos Autorais no Trabalho Acadêmico. **Revista Jurídica da Presidência da República**. Brasília: v. 09, n. 86, p. 58 – 86, ago./set., 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/artigos/JoaoAugusto_rev86.htm#15>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

⁷ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de Propriedade Intelectual**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 32 - 34.

reservou uma Parte Especial, em seu Capítulo VI, intitulado de “Da Propriedade literária, científica, e artística”, que previa o direito exclusivo do autor de reprodução da sua obra e o período de proteção da mesma, a partir do qual se consideraria ela como caída em domínio público.⁸ Finalmente, em virtude do acentuado crescimento da matéria e da evolução tecnológica e social, o governo se incumbiu de elaborar um projeto de lei que deu origem à Lei Autoral Brasileira de 1973, que esteve vigente durante 25 anos, até a edição da Lei de Direitos Autorais de 1998, esta que revogou expressamente os artigos do Código Civil de 1916, e se encontra em vigor até os dias atuais. Ademais, nesse intervalo de tempo, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que, em seu texto, também dispunha sobre os direitos exclusivos do autor sobre sua obra intelectual.⁹

Hoje, portanto, em matéria de direitos autorais, no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se o resguardo constitucional, consubstanciado no artigo 5º, XXVII e XXVIII da CF/88,¹⁰ e o amparo específico dado pela LDA (Lei de Direitos Autorais – Lei 9610/98). E é a partir dessas duas legislações que irá se extrair o conceito e a titularidade do Direito de Autor.

O constituinte brasileiro, ao consolidar a proteção aos autores, traz, no inciso XXVII, a palavra “obras” para definir o objeto de proteção do direito de autor, como modo de abarcar todos os tipos de criação, já que, com a globalização, os softwares e as bases de dados de computadores também passaram a ser protegidos. Desse modo,

⁸ “Art. 649. Ao autor de obra literária, científica, ou artística pertence o direito exclusivo de reproduzi-la. § 1º Os herdeiros e sucessores do autor gozarão desse direito pelo tempo de sessenta anos, a contar do dia do seu falecimento. § 2º Morrendo o autor sem herdeiros ou sucessores, a obra cai no domínio comum.” (BRASIL. **Lei 3.071**, de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

⁹ COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2. ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: FTD, 2008, p. 61 - 72.

¹⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.)

houve uma extensão da proteção, não se voltando agora apenas para as obras artísticas, literárias e científicas, como ocorria nas Constituições anteriores.¹¹

Partindo-se disso, faz-se necessário entender que há tamanha diferença entre criação e obra, sendo esta última o objeto de tutela legal pelo direito autoral.

O que importa não é a paternidade intelectual da “ideia” em seu sentido amplo, seja ela um conceito, uma teoria, um estilo ou outro elemento abstrato e genérico. Sob o aspecto dogmático, a autoria está necessariamente vinculada a uma determinada forma de expressão. Portanto, criador e autor não são termos sinônimos, da mesma forma como não o são criação e obra intelectual.¹²

Ademais, traz o dicionário escolar de língua portuguesa da Academia Brasileira de Letras:

Criação (cri:a.ção) s.f. 1. Ação ou efeito de criar; invenção; concepção. 4. Estabelecimento, formação, fundação, instituição: *O imperador do Brasil estimulou a criação de órgãos culturais.*¹³

Obra s.f. 1. Aquilo que resulta de um trabalho, de uma ação. 1.1. objeto resultante do trabalho de um operário, de um artista ou de um artesão. 2. Conjunto das ações realizadas por alguém, alguma coisa ou um fenômeno (natural, social, psicológico) em vista de certo resultado. 3. A produção total de um artista, de um cientista.¹⁴

Assim, fica evidente que obra é resultado, enquanto que criação é ato, sendo, portanto, a obra o resultado do ato de criação, e, essa primeira, o objeto de tutela do Direito do Autor.

O mesmo inciso ainda identifica quem são os titulares do direito, nesse caso, os “autores”, tratando do direito exclusivo deles de utilização, publicação e reprodução da obra. Desse modo, o legislador impõe que a utilização pública, qualquer que seja, poderá até ocorrer, mas desde que com autorização do criador, a não ser nos casos em que as obras já integram o domínio público, haja vista, ter transcorrido o prazo de proteção autoral.

A obra que cai em domínio público pode ser utilizada, independentemente de autorização e/ou pagamento de contraprestação, desde que não incorra em violação aos direitos morais do autor, que são perpétuos. Nesse caso, procurou-se conciliar

¹¹ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direito de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 64.

¹² SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A Questão da Autoria e da Originalidade em Direito de Autor. *In*: DOS SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 107.

¹³ CRIAÇÃO. *In*: Dicionário escolar de língua portuguesa. Academia Brasileira de Letras. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 377.

¹⁴ OBRA. *In*: Dicionário Houaiss de língua portuguesa. 2ª Reimpressão com alterações. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2007, p. 2042.

os interesses individuais com os coletivos, dos quais se pode destacar a promoção da cultura e da informação, interligados ao princípio da função social. Assim sendo, ficam disponíveis os direitos patrimoniais do autor, aqueles relacionados à utilização econômica da obra, esses que, conforme disciplina a LDA, de modo geral, perduram 70 (setenta) anos, a contar do 1ª de janeiro do ano subsequente ao ano de falecimento do autor,¹⁵ havendo peculiaridades nessa contagem para as obras coletivas, anônimas ou pseudônimas e audiovisuais e fotográficas, vide artigos 41 a 45 da LDA.^{16 17}

Quanto à titularidade, ainda é pertinente se esclarecer que ela pode ser originária ou derivada. O titular originário será a pessoa física ou jurídica (plenamente possível a pessoa jurídica ser responsável pela criação de uma obra, em especial nos casos em que coordena a execução das mesmas, ou as encomenda, além de haver previsão expressa no §único, do art. 11 da LDA¹⁸ nesse sentido)¹⁹ criadora da obra

¹⁵ O marco inicial da contagem ser a data do falecimento do autor garante renda aos seus sucessores imediatos, servindo, assim, como estímulo à atividade criativa, pois, na visão de Fábio Ulhoa, se assim não fosse, exerceria o autor atividade paralela para garantir sustento material aos seus parentes próximos, prejudicando a atividade de criação intelectual. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: direito das coisas, direito autoral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.04., p. 376 - 379)

¹⁶ “Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo. Art. 42. Quando a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos co-autores sobreviventes. Parágrafo único. Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do co-autor que falecer sem sucessores. Art. 43. Será de setenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação. Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto no art. 41 e seu parágrafo único, sempre que o autor se der a conhecer antes do termo do prazo previsto no *caput* deste artigo. Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação. Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.” (BRASIL. **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

¹⁷ WACHOWICZ, Marcos. Direitos Autorais e o Domínio Público da Informação. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). **Direito de Autor e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 243 – 251.

¹⁸ “Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.” (BRASIL. **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 5. ed, rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 57.

intelectual, interessando aqui a criatividade, atributo pessoal do mesmo, que imprimirá à sua obra originalidade, requisito necessário à tutela jurisdicional.²⁰

Já a titularidade derivada, ela poderá surgir por duas vias: a primeira, como consequência da circulação jurídica da obra, possuindo natureza contratual, e ocorrendo quando da celebração de contratos (*inter-vivos*) de edição (transferência dos direitos de reprodução, divulgação e comercialização de sua obra) e de cessão (transferência de alguns ou todos os seus direitos patrimoniais), havendo, nesses casos, a transmissão de direitos apenas para efeitos patrimoniais; a segunda, pelo direito sucessório (*mortis-causa*), onde ocorrerá a derivação plena dos direitos, não só dos direitos patrimoniais do autor, mas também de alguns dos atributos morais, conforme art. 24, §1º da LDA,²¹ para aqueles que possuem laços de parentesco com o titular originário, devendo ser obedecida a linha sucessória trazida no art. 1829 do Código Civil de 2002.^{22 23}

Ambos os titulares merecem proteção contra a violação aos seus direitos, sejam eles imateriais ou patrimoniais, de autor, em especial quanto à prática do plágio, o que será analisado mais à frente.

Quanto ao inciso XXVIII do art. 5º da CF/88, na letra a) vê-se que ele contempla as obras coletivas, resultantes da fusão ou associação de obras individualizadas, como as de artistas e intérpretes, titulares dos direitos conexos aos de autor. Na letra b), se assegura o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras às representações sindicais, que protegem a pessoa física do trabalhador, artista ou intelectual, durante a produção do trabalho.²⁴

²⁰ COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2. Ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: FTD, 2008, p. 93 – 94.

²¹ “Art. 24. São direitos morais do autor: § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.” (BRASIL. **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

²² “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.” (BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

²³ BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 5. ed, rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 56 - 57.

²⁴ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direito de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 66 – 67.

Nesses termos, estão os direitos autorais inseridos no rol dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, devendo esses se harmonizarem com os demais direitos fundamentais elencados ao longo dos 77 (setenta e sete) incisos do referido artigo, dentre os quais, a liberdade de expressão, o direito à cultura, à vida privada, à honra, à imagem e o direito de propriedade, por exemplo.²⁵

A Lei de Direitos Autorais (LDA) brasileira enquanto uma das mais modernas, que resultou da aprovação do Projeto de Lei 5.430 de 1990 pelo Senado Federal e da sanção do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso,²⁶ traz diretrizes básicas e conceitos fundamentais que fornecem a base para fins de identificação das diversas modalidades de utilização das obras intelectuais no mundo globalizado atual. Essa lei, em seus artigos 28 e 29,²⁷ basicamente reproduz o que é trazido nos incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º da CF/88, quando trata do direito de exclusividade pertinente ao autor e das possibilidades de utilização da sua obra, mediante prévia autorização.²⁸

Ademais, a LDA, enquanto lei específica sobre o tema, define os sujeitos de direito, o objeto de tutela, as formas de utilização, as violações possíveis, e as devidas

²⁵ COSTA NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. 2. Ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: FTD, 2008, p. 172 – 173.

²⁶ *Ibidem*, p. 71.

²⁷ “Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral; II - a edição; III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; IV - a tradução para qualquer idioma; V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário; VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas; IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.” (BRASIL. **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

²⁸ BOTELHO, Gloria Braga (palestrante). Painel 6: Direito de Execução Pública Musical e as Novas Tecnologias: Ringtones, Internet. **Anais do XXV Seminário Nacional da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: ABPI, 2005, p. 83.

sanções para esse último caso. Essa lei ainda reflete a prevalência da teoria dualista²⁹ no direito brasileiro para a tutela autoral.

Pela teoria dualista, a proteção à criação intelectual é composta de dois direitos diversos, porém interdependentes: o direito patrimonial, que é transferível, desde que com autorização do titular do direito, e o direito pessoal, que é intransferível, não se sub-roga a outra pessoa, sendo que, dentro desses conceitos, os direitos morais se sobrepõem aos econômicos, em razão de aqueles estarem relacionado à defesa dos interesses intelectuais do criador, à sua dignidade enquanto alma criadora.³⁰

Os direitos patrimoniais do autor se relacionam com a exploração econômica da obra. Trata-se de direitos exclusivos do mesmo,³¹ já que somente a ele cabe o uso, fruição e disposição de sua criação, e perduram até que a obra caia em domínio público. Esses direitos, no entanto, são passíveis de cessão, desde que por meio de autorização prévia e expressa dos seus titulares, conforme dispõe o artigo 29 da LDA, que, ao delimitar tal possibilidade, acaba por discriminá-los ao longo de seus incisos. Todos eles estão relacionados à veiculação da obra, à sua exibição pública, e, segundo Fernanda Amarante, embora não haja um rol taxativo, suas espécies clássicas são a reprodução (cópia integral de uma ou mais obras), distribuição (modo como as obras reproduzidas serão fornecidas ao público) e representação ou comunicação (execução direta, como uma recitação).³² Qualquer que seja o caso, deve o cessionário se ater aos limites contratuais para não incorrer em um ilícito.

²⁹ As teorias monistas e dualista são teorias doutrinárias que visam encontrar o fundamento do direito de autor. A teoria monista, ou unitária, encara o direito de autor como direito único, que contém prerrogativas de ordem pessoal, o direito moral, e ordem pecuniária, o direito patrimonial. Ocorre que essa teoria não é a que possui prevalência no direito brasileiro, isso se vislumbra, por exemplo, quando a LDA prevê a possibilidade de o autor, após a publicação de sua obra, entregar a exploração pecuniária da mesma, por vias de reprodução ou execução, sem, no entanto, transferir para os executores e reprodutores, por ele autorizados, seus direitos imateriais, morais, o que quer dizer que a salvaguarda desses últimos poderá ser oposta aos direitos patrimoniais objeto de cessão. (COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2. Ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: FTD, 2008, p. 75 – 78.)

³⁰ COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2. Ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: FTD, 2008, p. 77 – 80.

³¹ A exclusividade do direito patrimonial garantia ao autor serve aos seus interesses privados, de subsistência, profissionalizando a atividade criativa, como também serve à sociedade, pois funciona como estímulo ao criador intelectual, de modo a gerar desenvolvimento econômico e cultural. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, volume 4: direito das coisas, direito autoral**. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 358 – 360).

³² AMARANTE, Fernanda Machado. Direitos Morais do Autor e Autonomia Privada: os *Ghost-writers* e Indisponibilidade do Direito à Paternidade da Obra. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014, p. 130 – 131.

Quando se considera que a exteriorização da ideia do autor, por meio da criação de sua obra, gera uma extensão de sua dignidade, é que se encontra o conteúdo moral do direito de autor, este que torna a relação autor/obra indissolúvel. Os direitos morais de autor encontram-se elencados no art. 24 da LDA e são eles: o direito à paternidade (ligação do nome à obra), direito de reivindicação (a qualquer tempo), direito ao anúncio do nome ou equivalente (pseudônimo), direito de inédito (manter a obra em segredo), direito de integridade (veda modificações de terceiros sem autorização e garante que o autor introduza alteração na obra antes ou depois da utilização), direito de oposição a quaisquer alterações na obra (modificações que atinjam a honra), direito de arrependimento e retirada (retirada da obra de circulação por esta afrontar a imagem e reputação do autor), por fim, o direito de acesso a exemplar único e raro da obra (com vistas à preservação da memória).³³

Esses direitos têm natureza de direitos da personalidade, assim sendo, possuem todas as características inerentes aos mesmos, excetuando-se o fato de não serem inatos, vez que os direitos morais não surgem para o autor com o seu nascimento, enquanto pessoa física, mas, em verdade, com o nascimento de sua obra protegida pelo Direito Autoral.³⁴

Nesses termos, são características dos direitos morais do autor a inalienabilidade, não podem esses direitos ser objeto de negócio jurídico, a irrenunciabilidade, não pode o autor abrir mão deles, a intransmissibilidade³⁵ (com exceção aos direitos à paternidade, ao inédito e à integridade, que são objeto de sucessão e, portanto, passíveis de transmissão *mortis causa*, conforme disciplina o §1º do art. 24 da LDA, mas, entenda-se, os herdeiros não passarão a ser titulares desses direitos, apenas e, tão somente, serão legitimados para defendê-los face a violação por terceiros), a

³³ AMARANTE, Fernanda Machado. Direitos Morais do Autor e Autonomia Privada: os *Ghost-writers* e Indisponibilidade do Direito à Paternidade da Obra. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014, p. 131 – 135.

³⁴ *Ibidem*, loc. cit.

³⁵ Roxana Borges, em seu livro Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada, ao tratar dos direitos de personalidade traz que eles são instrumento para se alcançar o direito ao respeito à vida privada, já que é no exercício da vida privada que a pessoa desenvolverá sua personalidade. Ela entende que embora os direitos da personalidade tenham como característica a indisponibilidade, a realidade prática é outra, havendo, na verdade, uma relativização, já que o exercício da autonomia privada sobre os direitos de personalidade implica no poder de disposição sobre tais direitos, embora o CC/02 (art. 11) vede a limitação voluntária deles. Desse modo, a realidade é que esses direitos, inclusive os autorais, têm sua indisponibilidade relativizada, desde que não haja transmissão, modificação ou extinção dos mesmos e que se observe os limites da autorização dada pelo titular com relação à duração e à finalidade da disposição. (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. Coleção Prof. Agostinho Alvim/ coord. Renan Lotufo, p. 111 – 126.)

imprescritibilidade, que se volta para a pretensão de garantir o exercício do direito moral e não para sua reparação em casos de violação, e a impenhorabilidade, que, por não possuírem conteúdo econômico, não podem sofrer constrição.^{36 37}

Partindo-se desses conceitos preliminares é que poderá se analisar o plágio, enquanto uma das formas de violação ao direito autoral.

2.2 DEFINIÇÃO DO PLÁGIO

Considerando-se a obra uma criação do espírito do autor, surgida da exteriorização da ideia e que gera a extensão da dignidade do mesmo, é que se entenderá a importância da definição desse ilícito.

Não se trata de pura e simples definição, apesar de diminuta, se comparada à sua gravidade e consequências para o autor. Irá, em verdade, estar em pauta muito mais que a definição, mas também sua diferenciação em relação à contrafação, seu elemento moral, sua tipologia e outras generalidades.

2.2.1 Breve histórico

A discussão sobre o tema é antiga, o plágio existe desde o período romano, não nos termos atuais, mas como o roubo de escravo ou a escravização de pessoas livres.³⁸ Nesse período, não havia ainda uma sanção institucionalizada, o que havia era uma espécie de repressão moral, mediante repúdio público, desonra e desqualificação

³⁶ MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10 – 18.

³⁷ Rodrigo Moraes ainda traz como característica, mas essa inerente apenas aos direitos morais do autor, a perpetuidade dos direitos à paternidade e à integridade, pois, embora a LDA preveja prazo de duração apenas para os direitos patrimoniais do autor, a Convenção de Berna, já citada, determina que o prazo de proteção dado pelos países signatários aos direitos morais deve ser, no mínimo, equivalente ao dado aos direitos patrimoniais. No entanto, o §2º do art. 24 da LDA prevê que deve o Estado defender a integridade e autoria da obra caída em domínio público, previsão legal esta da qual se depreender o caráter perpétuo desses dois direitos. (MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 16 – 18.)

³⁸ Nesse sentido, afirma Antonio Fernández: “Sin duda se puede afirmar que la antigüedad de preceptos sancionadores del delito de plagio coincide con los orígenes de la esclavitud, de la propiedad y comercio del hombre por el hombre.” (FERNANDÉZ, Antonio Agúndez. **Estudio Jurídico Del Plagio Literario**. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 03.)

nos meios intelectuais. Esse termo foi levado ao âmbito literário quando Marcial recriminou Fidentino por recitar seu poema como se dele fosse. “Para o poeta latino, ao publicar um poema sua obra tornava-se de domínio comum, mas o plagiário escravizava como seus os versos que eram livres ao apropriar-se indevidamente deles”.³⁹

No período medieval, onde a educação era privilégio de poucos e não havia interesse de nela investir, já que poderia gerar contestação aos valores instituídos, sendo, portanto, uma exclusividade monástica, a atividade de produção literária era intensa, fadigosa, cara e vagarosa. Nesse período não havia a concepção de “autoria”, em virtude de o conhecimento ser transmitido oralmente, além de serem as obras manuscritas pelos escribas, que se sentiam à vontade para fazer modificações, de modo que toda obra, com o passar do tempo, acabaria por ser uma criação coletiva.⁴⁰

A situação só veio a ser alterada com o surgimento da imprensa mecânica, por Gutenberg, no século XV (1450), que tornou as obras móveis, causando grande revolução no ambiente literário, momento em que surge a necessidade de regulamentação autoral e momento em que o acesso à obra é facilitado para todos. Desse modo, primeiro se deu a evolução tecnológica, para, por consequência, a disciplina legal, o que é bem sedimentado na expressão trazida por Rodrigo Moraes: “o Direito é o ultimo vagão no comboio das transformações sociais”.⁴¹

Com a reprodução e a transação comercial das obras facilitadas, e com a instituição do Direito de Autor, majorou-se as possibilidades de violações aos direitos autorais.

Em uma interessante passagem de sua obra, Décio Valente, citando Veiga Miranda, diz que a palavra plágio, antes utilizada para o crime de venda de escravos, não deixou mais de ter o sentido voltado para as ilicitudes literárias, passando até mesmo a ser usada mais frequentemente para esse segundo caso, diante da repetitividade social na prática da conduta. Ademais, essa defraudação da obra alheia se tornou tão costumeira que no século XVII havia a figura do professor de plágio, aquele que ensinava seus alunos os artifícios para coletarem de forma tão

³⁹ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 173.

⁴⁰ MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 22 – 24.

⁴¹ *Ibidem*, p. 24.

astuta os frutos da criação alheia a ponto de nem o próprio autor se dar conta da usurpação.⁴²

No entanto, o plágio só veio a ser o que é hoje no século XVIII, quando do surgimento das teorias da originalidade e da autoria, passando a tutela autoral a se basear em três pressupostos: o da autoria, que diz que a obra deve ser resultado de processo criativo do ser individualmente; o da necessidade de criação única e acabada, o que se reporta à originalidade, onde a obra deve conter elementos únicos, distintos de criações preexistentes, de modo que seja identificável, não se confundindo com outra criação; por fim, o requisito da contribuição pessoal⁴³, colaborando o autor por meio de sua obra para com a sociedade.⁴⁴

2.2.2 Conceito e generalidades

No direito brasileiro não irá se encontrar expressamente a definição de plágio, diante da dificuldade de enumeração de todas suas possibilidades de execução, haja vista o desenvolvimento tecnológico social. No entanto, por se tratar de violação ao direito autoral, pode-se considerar que está contido nas previsões da CF/88 e da LDA. Do mesmo modo, o Código Penal Brasileiro de 1940, em seu artigo 184,⁴⁵ ao definir os

⁴² VALENTE, Décio. **O Plágio**. São Paulo: Gráfica e Editora do Lar/ABD do Interior, 1986, p. 16 – 17.

⁴³ Quanto a esse último requisito, ele reflete o jogo entre os direitos individuais do autor e os direitos coletivos da sociedade, de modo que são os direitos de acesso à informação e de acesso à cultura que limitariam os direitos autorais, pois toda produção é resultado do conhecimento adquirido socialmente, onde o autor, por intelectão, cria, de modo que essa criação deveria ser disponibilizada à sua fonte, por um período, até voltar definitivamente para ela, é aí que surge o outro ponto de limitação ao direito autoral, o limite temporal, consubstanciado no caimento da obra em domínio público (artigos 41 e 42 da LDA). Vale salientar, ainda, que apenas os direitos patrimoniais estão sujeitos a prazo de duração, sendo os direitos morais, além de inalienáveis e irrenunciáveis, eternos.

⁴⁴ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral*. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 176.

⁴⁵ "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. § 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

crimes contra a propriedade intelectual, faz apenas menção à contrafação, ficando, assim, a cargo da doutrina a conceituação e definição dos critérios para determinação do plágio.

José de Oliveira Ascensão diz: “Plágio não é cópia servil; é mais insidioso, porque se apodera da essência criadora da obra sob veste ou forma diferente.”⁴⁶

Manoel dos Santos traz que “plágio é basicamente a usurpação do trabalho criativo de terceiro em que o autor não recebe crédito pela contribuição que foi aproveitada.”⁴⁷

Antonio Fernández afirma que:

(...) plagio es copia de obra literaria ajena, en sentido amplio comprendiendo también la artística y la científica, sea parcial sea total, en lo substancial de su texto conforme a coincidencias básicas y fundamentales y la exclusión de las accesorias, añadidas, superpuestas y de modificaciones no trascendentales; apropiándose quien la realiza de la titularidad de autor al substituir el nombre del que la creó por el de la persona usurpadora que, con este fraude, ocasiona al verdadero autor prejuicios tanto morales como patrimoniales.⁴⁸

Partindo-se desses três conceitos, extrai-se que o plágio consiste em uma violação ao direito autoral, onde o plagiário toma para si a obra de outrem, como se sua fosse, seja de forma integral ou parcial. Para tanto, age astuta e intencionalmente, valendo-se não apenas das ideias, ora exteriorizadas, ou expressões, mas também do conteúdo e estrutura da obra alheia, fazendo modificações com vistas a mascarar a sua conduta fraudulenta, gerando para o autor plagiado danos tanto de ordem moral, quanto de ordem patrimonial. Assim sendo, os elementos essenciais do plágio são a violação ao direito de paternidade, inerente ao autor originário, e a dissimulação, pois aquele que plagia atua de forma a tentar camuflar sua fraude.

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.” (BRASIL. **Decreto-lei 2.848**, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 08 jun. 2015.)

⁴⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 34.

⁴⁷ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 180 – 181.

⁴⁸ FERNÁNDEZ, Antonio Agúndez. **Estudio Jurídico Del Plagio Literario**. Granada: Editorial Comares, 2005, p. 52.

Pode-se falar na existência de tipos de plágio, de acordo com o modo como o plagiador usurpa a obra de outrem. Primeiro, tem-se o plágio material, que consiste na cópia direta e servil da obra originária, sendo facilmente identificável. Há críticas doutrinárias no sentido de não poder se falar nesse tipo de plágio, pois faltaria nele o elemento essencial ao plágio, a dissimulação, de modo que seria, em verdade, uma mera usurpação de autoria.

O segundo tipo de plágio é o plágio virtual ou ideológico, onde irá atuar o plagiador de forma dissimulada, aproveitando-se da obra plagiada de um jeito mais complexo, valendo-se do ideário e árduo trabalho intelectual alheios, dos elementos internos à obra, tentando camuflar sua infração e o aproveitamento de obra pré-existente de terceiro, havendo, portanto, uma dificuldade maior para a sua identificação.⁴⁹

Seja em qualquer dos casos, haverá a usurpação de autoria, e a conseqüente infração ao direito moral de paternidade do autor plagiado, pois irá o plagiador se valer de obra alheia, dando a si mesmo os créditos da autoria, com finalidades econômicas, de prestígio intelectual ou social, ou de ambas.

Poder-se-ia falar ainda numa outra modalidade de plágio, o autoplágio, que nada mais é do que o autor se valer de sua própria obra para a criação de uma nova, seja por um número expressivo de citações, seja pela realização de pequenas modificações na obra primária. Nesse caso, seria mais uma espécie de fraude, do que propriamente de plágio, já que não haveria o elemento da usurpação da autoria, tanto para com a sociedade, que estaria adquirindo duas vezes uma mesma obra, como para aqueles com quem o autor realizou contrato de cessão ou edição, se o fez, sem ter resguardado o seu direito de republicação.⁵⁰

Qualquer que seja o caso, a proteção não será dada à ideia, conforme dispõe a própria LDA, em seu art. 8º, I,^{51 52} pois o que goza de proteção é a obra, fruto da

⁴⁹ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 183 - 186.

⁵⁰ POSNER, Richard A.. **The Little Book of Plagiarism**. New York: Pantheon Books, 2007, p. 40 - 43.

⁵¹ “Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias

ideia, ou seja, a ideia ora exteriorizada, “a forma dada a essas ideias”. Isso porque elas são de uso comum, pertencem a todos, de modo que não poderia alguém ser privado de criar algo sobre uma determinada ideia só porque esta já foi utilizada por outrem, assim, uma mesma ideia pode ser utilizada por vários, desde que cada qual vincule a ela suas próprias percepções, suas características pessoais.⁵³

O plágio não se confunde com a contrafação, esta última nada mais é que a reprodução não autorizada, conforme estatui a LDA (art. 5º, VII),⁵⁴ que poderá se dar pela cópia integral, servil da obra, ou pela sua reprodução sem autorização do autor, com ou sem modificações, voltada para a exploração econômica, e esta não é o objeto de estudo da presente. Assim, é a reprodução de obra alheia com a designação verídica da autoria.

O que se pode afirmar é que o plágio é uma espécie de contrafação, onde a característica essencial é a usurpação de autoria e a dissimulação, sendo cometido de forma mais sutil que a contrafação, onde o plagiário sabe o que está fazendo, tem a intenção, há, portanto, o elemento subjetivo, não deixando de lado os elementos essenciais da obra plagiada, mas apenas dando nova roupagem.⁵⁵

Para a determinação do plágio, fez-se necessária a instituição de requisitos pela doutrina, haja vista não ter o legislador o feito. A importância disso reside em tornar possível a adequada condenação do plagiador, como também em não se cometer

contidas nas obras.” (BRASIL. **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

⁵² O mesmo artigo ainda traz outras formas de expressão, além da ideia, que não serão tuteladas pelo direito autoral. Insta salientar que a falta de proteção pelo direito autoral não implica na não proteção por outras vias, podendo gerar uma ação de concorrência desleal, por exemplo, que está fora da seara autoral. A partir disso é que se vislumbra a importância do registro da obra, pois ele é quem dá a certeza, não de que se terá a proteção pelo direito autoral, pois, sendo obra, o terá independente de registro, conforme se verá mais à frente, mas de que aquela criação é de fato uma obra, portanto, passível de proteção autoral. (PIMENTA, Eduardo; PIMENTA, Rui Caldas. **Dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual**. 2. ed. rev., ampl. e atual. inclusive com a Lei 10.695/2003. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 54 – 56).

⁵³ MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 92 - 97.

⁵⁴ “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: VII - contrafação - a reprodução não autorizada.” (BRASIL. **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

⁵⁵ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 167 – 169.

injustiças, condenando por plágio alguém que não o fez, diante da tamanha subjetividade do assunto.

Costa Netto elenca como requisitos, além do da originalidade da obra supostamente plagiada, tratado pela maioria da doutrina, os da anterioridade de sua criação (e *publicação*) em relação à obra supostamente plagiária; do conhecimento efetivo, ou, ao menos, o grau de possibilidade de o autor supostamente plagiário ter tido conhecimento da obra usurpada, anteriormente à criação da sua obra; das vantagens – *econômicas ou de prestígio intelectual ou artístico* - que o plagiário estaria obtendo com a usurpação; e do grau de identidade ou semelhança (*em relação aos elementos criativos originais*) entre as duas obras.⁵⁶ Esses requisitos serão analisados de forma individualizada no próximo capítulo deste trabalho.

Uma questão importante a ser tratada ainda para fins de determinação é se há necessidade ou não da intenção, do dolo, para a caracterização do plágio. Embora o plágio, em regra, seja conduta ilícita, praticada de forma dissimulada e consciente, valendo-se o agente de obra alheia, tendo, portanto, como elementos intrínsecos a má-fé e o dolo, para fins de responsabilidade civil esse aspecto subjetivo não é importante, bastando o ato existir, mesmo que seja culposo (imprudência, negligência e imperícia). Isso porque a utilização indevida da obra, por si só, já viola o direito de exclusividade do autor, descrito no artigo 28 da LDA.⁵⁷

Assim, pouco importa a prova da intenção do plagiador, este que poderá ser qualquer pessoa, física ou jurídica, pois quanto à autoria do plágio, todos estão passíveis de cometer tal infração, podendo o mesmo sair de onde menos se espera. Nesse sentido, Posner traz o caso da Universidade de Oregon acusada de plagiar o manual de ensino do professor da Universidade de Stanford, justamente na parte em que tratava do plágio. Além disso, o autor ainda afirma que hoje é mais comum do que se imagina o plágio na Universidade de Havard, que apesar de, na maioria das vezes, ser cometido pelos próprios estudantes, também são cometidos por pessoas

⁵⁶ COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2. Ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: FTD, 2008, p. 322 – 324.

⁵⁷ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 203.

de elevado prestígio social. Assim, “including giant institutions, have feet of Clay” (incluindo instituições gigantes, têm pés de barro).⁵⁸

Para que uma obra receba proteção pelo direito autoral, contra o plágio ou qualquer outra violação, basta que seja uma obra intelectual (literária, artística, científica, dentre outras), fruto de criação do espírito, segundo disposição do art. 7º da LDA,⁵⁹ que traz um rol exemplificativo. Não poderia a lei trazer um rol taxativo, pois as evoluções tecnológicas e sociais permitem que surjam novas obras, as quais o legislador não seria capaz de prever ao tempo da criação legislativa, de modo que ele mesmo enuncia no caput do referido artigo a possibilidade de proteção às obras que venham a ser inventadas no futuro.

Há que se falar, ainda, do requisito da novidade. Segundo Fábio Ulhoa, não goza de proteção a obra cuja ideia em que se pauta for apresentada da mesma forma que já o foi em obra anterior. Nesse caso, não poderia nem se falar em obra, já que não há o elemento da criação humana, sendo uma mera cópia. Do mesmo modo que não se pode incluir na proteção as criações que advém de animais ou computadores, por não serem humanas.⁶⁰

⁵⁸ POSNER, Richard A.. **The Little Book of Plagiarism**. New York: Pantheon Books, 2007, p. 7 – 8.

⁵⁹ “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; 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. § 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis. § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras. § 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.” (BRASIL. **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: direito das coisas, direito autoral**. 3. ed.. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 04, p. 309 – 311.

A proteção também independerá do registro da obra, sendo este uma faculdade dada ao autor na legislação autoral brasileira (art. 18 LDA),⁶¹ bastando que a mesma obedeça ao requisito legal da exteriorização, expressão, por qualquer meio, haja vista não serem as ideias o objeto de tutela do direito autoral, conforme já explicado. No entanto, a prática é que esse registro garantirá segurança jurídica e comercial ao autor, pois servirá como meio de prova de anterioridade, reconhecerá a existência da obra, já que não será registrada a criação que não se enquadre como obra intelectual, resguardará os adquirentes dos direitos patrimoniais sobre a obra, além de que inibirá a fraude. Assim, o legislador facultou o registro voltado para o aspecto formal, de garantia do direito, mas o tornou necessário no aspecto material de segurança.⁶²

A partir disso, vale à pena analisar algumas situações que, embora inicialmente pareçam violações ao direito autoral, não o sejam, são elas: cópia privada, *fair use* e *ghost-writer*.

Consubstanciada no art. 46, II, da LDA⁶³, a cópia privada consiste na possibilidade de reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos de uma obra, para uso privado e sem fins lucrativos. Essa autorização legislativa visa conciliar os direitos exclusivos do autor com os direitos da coletividade de acesso à cultura e informação, com vistas à cumprir a função social, princípio também inerente ao direito autoral, haja vista a parcela de direitos patrimoniais que o compõem. No entanto, a falta de definição precisa sobre o que seriam pequenos trechos inviabiliza o alcance da finalidade a qual se destina esse instituto.

A antiga LDA (1973) previa a possibilidade de cópia integral, mas, com o avanço tecnológico e a facilitação da reprodução, o legislador brasileiro restringiu o direito à cópia privada a pequenos trechos da obra, imaginando esta ser uma possível solução. Tal delimitação, conforme Wilson Furtado Roberto, de acordo com a

⁶¹ “Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.” (BRASIL. **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

⁶² PIMENTA, Eduardo; PIMENTA, Rui Caldas. **Dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual**. 2. ed. rev., ampl. e atual. inclusive com a Lei 10.695/2003. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 56 – 62.

⁶³ “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: II – a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito lucrativo.” (BRASIL. **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.)

realidade brasileira, acabou por inviabilizar a satisfação dos interesses coletivos fundamentais, pois a parcela da população que teria interesse na cópia integral de uma obra, para fins acadêmicos, por exemplo, seria justamente aquela que não tem condições de adquirir a mesma, em virtude de seus altos custos, e a cópia apenas de pequenos trechos não seria suficiente para a real necessidade do indivíduo.⁶⁴

Desse modo, a cópia privada, é permitida, desde que sem fins lucrativos, limitada a pequenos trechos, com finalidades meramente informativas, de desenvolvimento cultural. Constitui assim, um limite ao direito autoral, haja vista nenhum direito ser absoluto, voltado para satisfação do interesse coletivo.

Para Eliane Y. Abrão, a cópia privada, assim como as demais possibilidades de uso da obra sem a necessidade de prévia autorização do autor, elencadas ao longo dos incisos do artigo art. 46, tratam-se de isenções, porque surgem de autorização legal que subverte a regra geral, podendo ser utilizadas em casos excepcionais, estes devidamente elencados em rol taxativo, já que a regra não é a liberdade de utilização, no referido artigo, e cujo ponto em comum é a utilização sem fins comerciais. A autora ainda atenta para a diferença que há entre essas denominadas isenções e o que seriam imunidades. Pois, as imunidades são as criações que não gozam de proteção autoral, e estão definidas no artigo 8º da LDA, e que em nada se confundem com as primeiras.⁶⁵

Já o *fair use* é uma doutrina norte-americana cuja máxima é a possibilidade de utilização de obras, sem a prévia autorização do autor, nem sendo devida remuneração a este, desde que seja um uso justo, um uso em determinadas circunstâncias, como, por exemplo, o uso educacional. Embora a regra seja que a utilização de uma obra só possa ocorrer mediante autorização do autor, se prevê essa exceção com base em uma motivação de interesse geral, dentre as quais se pode destacar a promoção da cultura e da informação, interligados ao princípio da função social.⁶⁶

⁶⁴ ROBERTO, Wilson Furtado. A Cópia Privada e Direitos Fundamentais. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). **Direito de Autor e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 291 – 324.

⁶⁵ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direito de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 146 - 155.

⁶⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira (palestrante); OLIVEIRA, Alvaro Loureiro (moderador). Terceira Sessão Plenária: O *Fair Use* no Direito Autoral. In: **Anais do XXII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual. A Inserção da Propriedade Intelectual no Mundo Econômico**. Rio de Janeiro: ABPI, 2002, p. 94 - 97.

O uso não será indiscriminado, devendo obedecer a critérios estabelecidos de acordo com cada sistema. No Brasil adota-se o sistema europeu que, ao invés de prever critérios, uma cláusula geral valorativa, como o norte-americano, prevê os tipos de uso, as destinações que podem ser dadas, de forma taxativa, o que torna o sistema rígido,⁶⁷ pois, não pode o indivíduo se valer de tal instituto como meio de defesa e justificativa para reais violações. Isso porque, embora o direito autoral não possa proibir totalmente o uso de obra alheia, também não pode criar brechas para que haja o uso irrestrito das mesmas.⁶⁸

O que irá se analisar nesses casos não é se o uso viola algum direito exclusivo do autor, mas sim se esse uso é justo, honesto, se há algum motivo de relevante valor social que o justifique, que torne razoável alguém se valer dessa exceção, que sobrepõe o interesse social ao direito do autor. Posner também trata do *fair use* em sua obra, e entende que não há mal nenhum nessa exceção ao direito de autor, pois a perda seria apenas com relação ao valor que se deixaria de ganhar, caso a utilização de sua obra ocorresse por vias contratuais. Além disso, ele destaca que o *fair use* não se confunde com o plágio, pois o “usuário justo” não usurpa a autoria, a paternidade da obra, ao utilizar passagens desta, enquanto que “the plagiarist does not play fair”.⁶⁹

Por fim, *ghost-writer* é a pessoa que idealiza uma obra, a cria, mas não a exterioriza, transferindo expressamente a terceiro, por meio de contrato, a titularidade da mesma, tendo o dever de manter sigilo. Constitui prática social comum que se volta para a dicotomia entre a indisponibilidade dos direitos morais do autor, legalmente prevista, e a autonomia privada. É a figura mais relacionada ao plágio.

⁶⁷ Ao estabelecer uma cláusula geral valorativa, que limita os direitos concedidos pelo *fair use*, o sistema norte-americano se torna mais maleável, pois, ao invés de tipificar as condutas, estabelece os critérios para qualificá-las. No entanto, esse sistema traz consigo uma questão negativa, pois acaba por ser impreciso, não dando segurança jurídica, já que não se sabe de logo quais as condutas são ou não *fair use*. A verdade é que cada sistema terá seus prós e seus contras, pois, embora o europeu garanta maior segurança jurídica, não se mostra adaptável as novas realidades sociais que venham a surgir. (ASCENSÃO, José de Oliveira (palestrante); OLIVEIRA, Alvaro Loureiro (moderador). Terceira Sessão Plenária: O *Fair Use* no Direito Autoral. *In: Anais do XXII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual. A Inserção da Propriedade Intelectual no Mundo Econômico*. Rio de Janeiro: ABPI, 2002, p. 97 – 98.)

⁶⁸ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 61 – 75.

⁶⁹ POSNER, Richard A.. *The Little Book of Plagiarism*. New York: Pantheon Books, 2007, p. 16 – 17.

Fernanda Amarante analisa bem essa dicotomia, partindo dos argumentos doutrinários a respeito da possibilidade ou não de reclamação do direito à paternidade após a celebração do contrato. Ela traz que, para aqueles que não defendem essa possibilidade, o fazem com base na prevalência da autonomia privada, e na manutenção do contrato. Quanto à prevalência da autonomia privada, se deve ao fato de o autor ter manifestado livremente sua vontade de contratação, devendo respeitar o acordo. E a manutenção do contrato se volta para a boa-fé contratual e a expectativa justa de direito do contratante, haja vista o autor ter concordado com o sigilo e o ter mantido por um período. Para os que se filiam à possibilidade da reivindicação, valem-se dos requisitos de validade do contrato, considerando o objeto ilícito, pela existência de declaração legislativa expressa da impossibilidade da disposição dos direitos morais, além de tratarem da função social do contrato e do direito autoral, onde não poderia a sociedade ficar privada de conhecer o verdadeiro autor de uma obra.⁷⁰

Com essa análise, Fernanda conclui que o contrato de *Ghost-Writer* é nulo, não podendo a autonomia privada prevalecer sob uma determinação legislativa, ainda que com consentimento do autor, expresso em cláusula contratual.⁷¹ Acontece que na prática ele existe, mas não se confunde com o plágio, e se coaduna com o entendimento de Roxana Borges, já tratado aqui, de que na prática há uma relativização da indisponibilidade dos direitos da personalidade, onde a autonomia privada do ser permite que ele disponha de alguns de seus direitos, desde que não haja transferência, extinção ou modificação deles.

Essas três modalidades de uso da obra alheia se coadunam com a necessidade de conciliação entre o direito exclusivo do autor de exploração e o cumprimento da função social da criação, aqui já abordado algumas vezes. Além disso, reflete a tentativa de adaptação do direito autoral com o desenvolvimento social. Dentro dessa linha de inteligência, há uma figura ainda mais expressiva, o modelo jurídico de licenciamento do *Creative Commons*.

São espaços públicos de uso comum, que ajudam no desenvolvimento dos modelos cooperativos, estes últimos que visam à realização de criações globais, coletivas e

⁷⁰ AMARANTE, Fernanda Machado. Direitos Morais do Autor e Autonomia Privada: os *Ghost-writers* e Indisponibilidade do Direito à Paternidade da Obra. In: REQUIÃO, Maurício (coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014, p. 127 - 145.

⁷¹ *Ibidem, loc. cit.*

abertas, mitigando as ideias de mercado e empresa como formas clássicas de organização da produção. O *Creative Commons* foi idealizado por Lawrence Lessig e permite que o autor pronuncie às pessoas em geral que sua obra pode ser utilizada, distribuída e copiada livremente. Não se trata de criação, nem alteração legislativa, muito menos há a intervenção estatal. Trata-se do exercício da autonomia privada daquele autor que não se incomoda que a sociedade tenha acesso à sua obra, de modo que não seria justo que ele fosse privado de assim optar, já que para ele a não exclusividade do seu direito patrimonial não gera nenhum prejuízo econômico ou artístico.

Esse modelo se executa por meio de licenças públicas escritas em três níveis, um para leigos, de compreensão facilitada, um para advogados, com termos jurídicos, e outro técnico, em linguagem de computador. Surgiu nos EUA e o Brasil foi o terceiro país a adotar esse modelo acessório voltado para a realidade tecnológica social. Assim, a ideia é a criação de um conjunto de obras acessíveis voltadas para o fomento da cultura e do domínio público, além de realizar uma das finalidades às quais se destina a rede mundial de computadores, a de ampliação do potencial criativo humano.⁷²

Em tempos de avanço tecnológico e social, como os atuais, e de busca incessante do legislador autoral pela adequação das normas a essa nova realidade e pela conciliação entre o direito do autor e os direitos sociais, em cumprimento à função social da obra, o que se deve ter em mente é que a acusação de plágio não é algo fácil, necessitando de análise profunda e observação de seus excludentes, além de identificação das figuras que com ele se assemelham, mas não se confundem.

Finalizadas essas questões, cristalino o conteúdo do plágio. A preocupação agora é quanto à determinação, tamanha a subjetividade do assunto. Para tanto, deve-se analisar a posição doutrinária, os critérios adotados por ela, que serão contrapostos à atuação jurisdicional, tudo objeto do capítulo que se segue.

⁷² LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 82 – 92. Disponível em: < <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2190> >. Acesso em 01 mai. 2015.

3 DETERMINAÇÃO DO PLÁGIO

Diante da falta de critérios legais específicos para a caracterização desse tipo de violação autoral, restou necessário à doutrina ocupar-se dessa atividade. Nesse sentido, conforme rapidamente citado em capítulo anterior, Costa Netto trouxe cinco aspectos objetivos a serem analisados. Cabe referenciar ainda a contribuição de Hermano Duval com sua teoria do Teste das Semelhanças.

Só assim poderá o magistrado, valendo-se destes ou de outros elementos caracterizadores que reputar adequados, por se tratar de análise casuística, concluir pela prática ou não da violação, o que irá se depreender da análise jurisprudencial realizada mais à frente.

O que se tem como certo é que o tema possui elevado grau de subjetividade, de modo que o que se quer é tornar mais seguro o reconhecimento fático do plágio, não se valendo dele indiscriminadamente para tipificação de condutas.

3.1 CRITÉRIOS DOUTRINÁRIOS

Costa Netto em sua obra elenca requisitos que reputa imprescindíveis para a análise e determinação do plágio. Ele parte do fato de que, uma vez constatado que a obra supostamente plagiada se enquadra nos requisitos necessários para que seja passível de proteção pelo direito autoral, a definição da conduta dependerá da concretização desses fatores, que passam a ser analisados agora.⁷³

“O grau de originalidade da obra supostamente plagiada” tem como conteúdo o fato de, embora toda criação advir de conhecimento adquirido socialmente e, por vezes, pela apreciação de obras já existentes, o autor deverá dar à sua obra o maior grau de originalidade possível, fazer sua obra ser diferente de tudo o que já existe.⁷⁴ Isso

⁷³ COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2. Ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: FTD, 2008, p. 322 – 324.

⁷⁴ Antigamente a originalidade era entendida de forma diferente, segundo Posner, a doutrina clássica entendia como a mera reconstrução de uma obra, bastando ao novo autor valer-se de uma criação já existente e modificar suas expressões, sua forma, de modo a repaginá-la, a torná-la, por vezes, melhor que a original. Desse modo, uma “creative imitation”. Posner segue dizendo que o sentido da originalidade hoje tem esses elementos imitativos ou seus efeitos minimizados e que está ligada ao individualismo e à competitividade, advindos das alterações no mercado, onde a larga oferta de obras

porque, embora autores diferentes escrevam sobre um mesmo tema, ou pintem um quadro que retrate a mesma coisa, por exemplo, cada um terá sua percepção sobre o assunto, seu modo de abordagem, cada um imprimirá à sua obra aspectos de seu espírito criativo.

Essa questão é trazida por Décio Valente que, ao tratar das banalidades, “ideias sugeridas pelos aspectos universais”, às quais estão todos os criadores expostos, permite afirmar que, por vezes, existirão autores com semelhança de ideias, sem que, no entanto, isso seja plágio, sendo resultado de uma simples assimilação de coisas e fatos disponíveis a todos.⁷⁵ No mesmo sentido, Ascensão afirma que identidade de objetos não implica em plágio, que o que se deve observar é se há “individualidade própria”, no sentido de criatividade,⁷⁶ originalidade. Ele vai ainda mais longe, ao dizer que a ideia é livre, servindo como “tema” da obra, podendo este último ser aproveitado infinitas vezes, pois, só haverá plágio, se o aproveitamento for do esqueleto, da exposição do tema.⁷⁷

Logo, se depreende que quanto maior o grau de originalidade, maior o grau de certeza para identificação do plágio, pois, aquele que cria uma obra semelhante a outras milhares já existentes, a dificuldade para identificar se essa obra foi plagiada por outrem ou não será imensamente maior em relação àquele autor que criou algo completamente novo, original.

Com relação a isso, ainda cabe falar da mera coincidência, inspiração comum e da reminiscência. A mera coincidência ou coincidência fortuita, como chama Manoel dos Santos, não diz respeito à semelhança na linguagem, mas sim à semelhança dos fatos, situações e dados nas duas obras. Isso seria possível de se pensar mais claramente nas obras baseadas em fatos, já que as obras decorrentes de ficção possuem alto nível de discricionariedade.⁷⁸ Hermano Duval traz com relação a isso

impõe aos autores criações expressivas para conseguir lidar com a concorrência. (POSNER, Richard A.. **The Little Book of Plagiarism**. New York: Pantheon Books, 2007, p. 54 – 67.)

⁷⁵ VALENTE, Décio. **O Plágio**. São Paulo: Gráfica e Editora do Lar/ABD do Interior, 1986, p. 10 – 16.

⁷⁶ “Criatividade reside justamente nessa forma peculiar de selecionar, dispor e organizar os elementos de determinado repertório, que demonstra possuir valor artístico próprio, passível de tutela pelo Direito de Autor.” (RIBEIRO, Adriano Claudio Pires. **O Direito de Autor nos Programas de Televisão**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, p. 115.)

⁷⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 34 - 35.

⁷⁸ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 194 – 196.

que existem certos assuntos que, por sua própria natureza, não deixam que a forma de expressão,⁷⁹ de descrição, seja diferente, e exemplifica com os casos da anatomia, geografia, cosmografia, física, química e botânica.⁸⁰

Assim, a coincidência fortuita ocorreria normalmente nas obras técnicas, informativas, científicas, históricas e didáticas, onde, por vezes, se vislumbra até a igualdade no desenvolvimento lógico, o que, no entanto, não as torna iguais, pois ainda haverá a originalidade, se se considerar que cada criador é um ser humano único e dará à sua criação características e abordagens próprias.⁸¹

A inspiração comum⁸² é o caso em que duas obras, supostamente uma plagiária e outra plagiada, em verdade, decorrem de uma terceira obra, ou seja, possuem uma fonte comum, se relacionando intimamente com a questão da coincidência fortuita, vista acima. Ambas, então, surgem de outra obra, por meio da chamada intertextualidade, que é considerada um fenômeno normal e consiste na utilização das obras preexistentes de outros autores, mesmo que de tipos diferentes, para a criação.⁸³ Assim, não pode uma obra ser plagiária de outra se as duas advêm de uma terceira que serviu para ambas de inspiração.⁸⁴

A reminiscência, por sua vez, trata-se de um fenômeno do subconsciente, onde a pessoa acredita ser novo aquilo que, em verdade, já viu no passado, mas que, na

⁷⁹ “Toda obra intelectual para ser objeto de proteção não pode estar ou existir simplesmente na mente do indivíduo, mas sim, necessita ser exteriorizada e inserida em um suporte físico tangível ou intangível que permita a sua reprodução ao menos uma vez. A obra intelectual é composta por um *corpus mysticum*, que é revelado pelo seu conteúdo em uma determinada forma de expressão e que é inserido em um suporte físico (*corpus mechanicum*), o que gera como efeito a sua integração ao complexo protetivo dos Direitos de Autor.” (LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 4 – 5).

⁸⁰ DUVAL, Hermano. **Violações dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 61.

⁸¹ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 194 – 196.

⁸² Nesse sentido, Hermano Duval diz que será a composição ou forma de tratamento do tema, enquanto “maneira de ser do autor; é o modo pelo qual êle sente ou descreve determinado tema ou episódio”, que fará com que duas obras baseadas numa terceira não sejam consideradas uma plágio da outra. Deverá, portanto, cada uma ter sua composição, excetuando-se os casos em que a própria natureza da obra impõe igualdade de composição, por exemplo, aquelas que tratam da anatomia e geografia. Cabendo para ele, portanto, se falar na exceção de fonte comum, desde que obedecida a diferença de composição. Esse autor se vale da composição como meio de análise para diferenciar o plágio de uma obra nova, original, entendendo que não é a semelhança de tema capaz de identificar a prática do mesmo, abordando ainda outros elementos, que serão vistos à frente. (DUVAL, Hermano. **Violações dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 90 – 103.)

⁸³ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Op. cit.*, 2014, p. 175 *et seq.*

⁸⁴ *Ibidem*, p. 195 – 196.

sua memória, não lhe parece familiar.⁸⁵ “Leituras, observações ou impressões musicais antigas, adormecidas no fundo do subconsciente, viriam à tona, anos depois como próprias, quando, na realidade, seriam alheias, com roupagem nova”.⁸⁶

Coincidência fortuita, inspiração comum e reminiscência, nesses termos, seriam excludentes do plágio, ou seja, justificativas das quais poderia se valer o autor supostamente plagiário, em sede de defesa, contra a acusação de violação ao direito autoral de outrem. Com relação a elas, a maior divergência reside na reminiscência. Isso porque, acolhendo-a como justificativa plausível, automaticamente estaria se admitindo que é necessário o elemento subjetivo, a intenção, o dolo, para a configuração do plágio, o que já foi afastado em explicação anterior, haja vista o autor plagiado sempre poder reclamar a lesão ao seu direito, independentemente de boa-fé.⁸⁷

Apesar disso, Hermano Duval admite essa escusa quando afirma que uma obra fruto de reminiscência, se comparada a obra antecedente, daria a “ilusão de plágio”.⁸⁸ Posner, em sentido contrário, aduz que a reminiscência (plágio inconsciente) seria um meio para justificar reais infrações e que resultaria de negligência, sendo menos censurável, mas não impunível. Arguindo ainda que os psicólogos, investigando tal acontecimento, não encontram provas de memória fotográfica que tenha se esquecido de fotografar, não se mostrando então possível que alguém alegue ser autor de um texto, que constitui uma passagem inteira escrita por outra pessoa, acreditando, ainda assim, que seja originalmente seu.⁸⁹

Desse modo, é a reminiscência uma excludente que pode ser arguida, mas cuja procedência irá depender de análise fática do magistrado, havendo entendimentos divergentes em sede de doutrina.

Voltando aos requisitos para determinação do plágio elencados por Costa Netto, a “anterioridade de criação (*e publicação*) em relação à obra supostamente plagiada”, trata-se de um requisito lógico, já que não pode alguém ser acusado de plagiar obra

⁸⁵ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 198 – 200.

⁸⁶ DUVAL, Hermano. **Violações dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 74.

⁸⁷ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Op. cit.*, 2014, p. 199 – 200 *et seq.*

⁸⁸ DUVAL, Hermano. *Op. cit.*, 1968, p. 74 – 77 *et seq.*

⁸⁹ POSNER, Richard A.. **The Little Book of Plagiarism**. New York: Pantheon Books, 2007, p. 97 – 99.

que não conhecia, que não existia ao tempo de sua criação. Ou seja, só poderá haver plágio se a obra supostamente plagiada for anterior à obra plagiária.

O requisito do “conhecimento efetivo, ou, ao menos o grau de possibilidade de o autor supostamente plagiário ter tido conhecimento da obra usurpada, anteriormente à criação de sua obra” é objetivo, irá se analisar se houve o contato ou a possibilidade de contato do autor plagiário com a obra plagiada, antes de sua criação. Para isso, poderá se valer de critérios como o país e a língua de origem da obra plagiada, a facilidade ou não de conseguir um exemplar, até mesmo a quantidade de exemplares disponíveis no mundo, dentre outros, variando de acordo com o caso concreto. Ocorre que esse requisito não se mostra mais tão eficaz quanto era antigamente, “atualmente o problema só subsiste de fato se se tratar de obra inédita, já que a Internet torna praticamente qualquer obra que tenha sido publicada acessível a qualquer pessoa”.⁹⁰

O quarto requisito diz respeito às “vantagens – *econômicas ou de prestígio intelectual ou artístico* – que o plagiário estaria obtendo com a usurpação”. Nesse caso há duas situações, pois as vantagens não seriam só de ordem econômica, decorrentes da comercialização da obra, mas também relacionadas ao prestígio intelectual ou artístico, ou seja, uma espécie de reconhecimento social, de o plagiário se tornar alguém socialmente conceituado, graças àquela obra, que em verdade, não passa de mera usurpação.

Esse requisito, se analisado de forma mais extensiva, tem como fundo o objetivo buscado pelo autor plagiário com a prática da violação. Marcelo Krokosz, ao tratar do plágio acadêmico, sintetiza as razões pela quais se incorreria nessa conduta danosa. A priori, poderia se falar no desconhecimento técnico, com o desuso das normas técnicas de escrita, o que não descaracteriza a conduta típica. A facilidade de acesso à internet também é de grande valia, pois tornou rapidamente acessível e facilmente reproduzível as obras, e, muito embora a cópia sempre tenha existido, ela se tornou extremamente facilitada.⁹¹ Nesse ponto, vale lembrar-se dos primórdios do direito autoral, onde foi justamente pela criação da imprensa mecânica por

⁹⁰ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 192.

⁹¹ KROKOSZ, Marcelo. **Autoria e Plágio: Um Guia para Estudantes, Professores, Pesquisadores e Editores**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 22 – 24.

Gutenberg, considerado um avanço tecnológico, que urgiu a necessidade de aprimoramento da proteção autoral, situação já abordada.

O interesse em aumentar o número de publicações seria outra causa, essa que se coaduna com a seguinte assertiva de Lycurgo: “o plágio torna-se uma conduta cada vez mais freqüente em nossa sociedade, em razão da massificação da cultura e da necessidade de informações, o que faz com que, as informações sejam bens de consumo cada vez mais valiosos e desejados”.⁹² Nesse mesmo sentido, há a inteligência de Posner, de que o plágio possui uma roupagem econômica muito forte, ante ao mercado competitivo em que se vive, de modo que um autor poderia melhorar uma “marca” atribuída ao nome de um outro autor, copiando o trabalho desse concorrente ou antecessor sem lhe dar o devido reconhecimento, parecendo melhor que o originário perante o mercado de consumo, tornando-se assim mais querido.⁹³

Além dessas três razões, Krokosczy aborda ainda a falta de tempo, a dificuldade de escrita acadêmica e hábito de reprodução autoral e a falta de ética.⁹⁴ Embora essas seis causas se tratem de uma análise voltada para um contexto específico, do plágio acadêmico, não deixam de ser passíveis de aplicação e vislumbramento nos demais âmbitos existentes, científico, literário e musical, por exemplo.

Por fim, Cosa Netto traz “o grau de identidade ou semelhança (*em relação aos elementos criativos originais*) entre as duas obras”. Esse requisito se relaciona com a originalidade, pois, quanto mais original a obra, mais fácil se identificar o plágio, além do fato de a igualdade de conteúdos e ideias não ser suficiente para caracterizá-lo. A semelhança aqui irá se voltar para a estrutura, organização, para o estilo da obra, que a identifica com o seu criador, com a sua personalidade. Então, irá se analisar quanto da obra alheia há na obra supostamente plagiária, e, nesse caso, para se caracterizar o plágio, as semelhanças deverão ser mais determinantes que as diferenças na construção desta.⁹⁵

⁹² LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 19.

⁹³ POSNER, Richard A.. **The Little Book of Plagiarism**. New York: Pantheon Books, 2007, p. 68 – 69.

⁹⁴ KROKOSCZY, Marcelo. **Autoria e Plágio: Um Guia para Estudantes, Professores, Pesquisadores e Editores**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012, p. 24 – 32.

⁹⁵ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 191.

Entendidos esses cinco requisitos trazidos por Costa Netto, não deverão todos eles estar contidos no caso concreto para que se conclua pela existência do plágio. Ademais, tratam-se, em verdade, de critérios escolhidos por esse autor, haja vista, a lei não ter especificado nada. Assim sendo, outros autores poderão adotar outros critérios.⁹⁶

Hermano Duval, por exemplo, também aduz uma técnica para detecção do plágio. Para ele, tudo se dá inicialmente pela extirpação da totalidade daquilo que constitui domínio público: aqueles elementos que, embora estruturam a obra, são comuns a todas as obras, pois não se pode falar na exclusividade deles, como já visto quando se tratou da ideia, que não é objeto de tutela pelo direito autoral, podendo-se falar ainda do tema, assunto, episódio, situação dramática e nova versão.⁹⁷ Depois, deixando-se de lado a ideia e a forma de expressão, só restará a composição peculiar dada pelo autor. E, se a similitude decorrer dessa forma de tratamento dada pelo autor originário, deverá o magistrado contrapor a habilidade de expressão entre os dois autores para exprimir o assunto. Uma vez fazendo isso, se ele perceber semelhanças de pormenores, ou que o suposto plagiário se valeu de aspectos importantes utilizados pelo autor originário, poderá concluir pela existência do plágio. Assim, para Hermano, a semelhança na composição, tratamento dado ao assunto, será o critério crucial para a distinção entre plágio e obra nova.⁹⁸

A essa técnica, Duval deu o nome de Teste das Semelhanças, que consistirá na análise, por meio de comparação, entre a obra supostamente plagiada e a plagiária. Para que dessa comparação se entenda pelo plágio ou não, esse teste irá diferenciar a substância, o conteúdo, a forma interna (modo particular do autor de expressar conceitos, ideias e imagens) e a forma externa da obra. Ele ainda substituirá a prova de acesso (prova de que o suposto plagiário teve acesso à obra

⁹⁶ “É bastante difundida a tese de que existe um número mínimo de notas ou compassos musicais para definir a incidência de plágio. É preciso refutar o antigo “mito dos oitos compassos” para incidência de plágio musical. Infelizmente, ainda há, na doutrina, quem sustente essa tese. Trata-se de generalizado equívoco. Em síntese: não existe qualquer regra aritmética para detectar o plágio musical.” (MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 86.)

⁹⁷ Nova versão é entendida como a possibilidade de novas gerações conhecerem uma versão anterior desconhecida, ou conhecerem do mesmo tema, só que do modo como ele é visto pelos ascendentes, mas que conterà o mesmo enredo. (DUVAL, Hermano. **Violações dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 79 – 80).

⁹⁸ DUVAL, Hermano. **Violações dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 111 - 112.

supostamente plagiada), considerada imprescindível para a configuração e acusação judicial de plágio.⁹⁹

Por meio do Teste, o plágio seria desvelado se existentes os indícios contundentes, apresentados por Samuel Spring e adotados por Hermano Duval, de: recorrência do suposto plagiador nos erros do autor supostamente plagiado; existência de cópia servil de trechos; igualdade de fatos com pequenas alterações; a qualidade e relevância das similitudes superior à quantidade das mesmas; por fim, comparação entre aptidão literária e de imaginação entre os autores. Esses que deveriam, ainda, ser contrapesados com as regras identificadas por Alfonso Cordero, dentre as quais se pode destacar: a antecedência da obra supostamente plagiada em relação à plagiária; atentar para as coincidências fortuitas, cuja natureza da matéria assim exigem; tema de obras de ficção são inapropriáveis; a falta de prejuízo ou publicidade do plágio não eximem o plagiador da responsabilidade, diante da desnecessidade do elemento moral para configuração da conduta; e que a semelhança deverá ser de fácil visualização por um homem médio.¹⁰⁰

O Teste das Semelhanças, portanto, se vale de critérios quantitativos, relacionados à quantidade de semelhanças, e qualitativos, onde irá se analisar qual a relevância das semelhanças para a determinação da conduta fraudulenta. E será de fato plagiária a obra cujas semelhanças com a obra plagiada sejam mais importantes que as diferenças, ou seja, se, ao se retirar o que há de semelhante, a obra plagiária perder o seu sentido. Assim, quanto menores as semelhanças, maior significância terão para o entendimento do magistrado.¹⁰¹

Hermano Duval conclui: “semelhança de tratamento sob a mesma forma de expressão = plágio”.¹⁰²

Eduardo Lycurgo Leite, sobre isso, parte dos elementos que reputa essenciais para a determinação do plágio: usurpação de autoria e dissimulação. Quem plagia tem por objetivo tomar para si obra de outrem sem dar os devidos créditos, com o intuito de alcançar reconhecimento intelectual e/ou benefício econômico, havendo,

⁹⁹ DUVAL, Hermano. **Violações dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 111 – 120.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 120.

¹⁰¹ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 191 – 192.

¹⁰² DUVAL, Hermano. *Op. cit.*, 1968, p. 122 *et seq.*

portanto, dolo.¹⁰³ Além disso, a obra plagiária será gerada por meio de alterações com vistas a disfarçar a apropriação indevida, uma suposta “originalidade”. Para Eduardo, não havendo esses dois pontos, não haverá plágio.¹⁰⁴

Ao identificar que o plágio, enquanto conduta que incide sobre a forma de expressão dada às ideias, poderá ocorrer por diversas modalidades, o mesmo autor passa a elencar uma série de testes para a detecção, cuja premissa básica é a comparação entre as obras em causa e a prova de acesso. Parte do Teste das Semelhanças, de Hermano Duval, aqui já tratado, frisando que, havendo ausência de prova de acesso, para que se afaste a possibilidade de o autor plagiário ter chegado ao mesmo resultado, deverão as semelhanças ser berrantes, portanto, constituem requisitos inversamente proporcionais. Depois, o mesmo autor, aborda o Teste das Similaridades Substanciais, que é alcançado por meio da conjugação da prova de acesso com a comparação das similitudes substanciais das obras. Essas similitudes serão apuradas por meio do Teste das Semelhanças, o que ocorrerá em termos verbais, referentes à análise quantitativa e qualitativa de cópia, que possui caráter subjetivo, por não haver nenhuma regra pré-determinada, e em termos estruturais, já que nem toda infração decorrerá de cópia.¹⁰⁵

Utilizando-se esse último tipo de teste é que se realizará o Teste das Abstrações, que, partindo das similaridades substanciais, busca distinguir as ideias semelhantes, das expressões semelhantes. Ele foi criado por um juiz norte-americano, em sede de julgamento de uma ação, segundo o qual deveria se separar as semelhanças decorrentes de situações do cotidiano, pois elas tornavam as obras apenas abstratamente similares, posto que o plágio não pode ser configurado pela mera igualdade de ideias, de modo que, fazendo-se isso, só remanesceria aquilo que não o fosse.¹⁰⁶

¹⁰³ Em passagem poética e expressiva de sua obra, Duval traz: “Cometer hoje o chamado *furto literário* de outrora significa pilhar o âmago do sucesso alheio – ou sua possibilidade no caso de obra inédita – sob nova falsa roupagem e com a mesma finalidade que anima o industrial inescrupuloso a batizar seus produtos desconhecidos com denominações semelhantes de marcas acreditadas: locupletar-se rapidamente à custa do esforço alheio. Impõe-se, pois, desmascarar o embuste em termos realísticos.” (DUVAL, Hermano. **Violações dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, 101).

¹⁰⁴ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 27 – 29.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 30 – 32.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 32 – 33.

Entenda-se, o Teste das Semelhanças está contido no Teste das Similaridades Substanciais, que está contido no Teste das Abstrações.

Há ainda que se falar no Teste da Plateia, que utiliza uma plateia composta por determinados indivíduos, que possuem gosto, conhecimento ou técnica análogos aos da coletividade em geral, com vistas a avaliar as reações deles e concluir pelo plágio ou não. Nesse caso, irá se notar se o suposto plagiador se valeu tão extensamente da obra alheia de modo a causar, na chamada “plateia”, satisfação, agrado, aos órgãos dos sentidos. Por essa razão, se conclui não ser a adoção isoladamente desse teste o meio aconselhável de se constatar o plágio, ante a tamanha subjetividade, que ultrapassa os campos da técnica e da ciência.¹⁰⁷

Por fim, há o Teste Bifurcado, que foi gerado justamente pela impossibilidade de a análise casuística se dar pura e simplesmente por meio do Teste de Plateia, passando este último a integrar o teste aqui então analisado, e composto por duas etapas. A primeira constitui um estudo das obras em separado, em seus pontos passíveis e não passíveis de proteção, onde, uma vez constatado que houve reprodução indevida de uma pela outra, se partirá para a segunda etapa, o Teste de Plateia, nos mesmos termos já vistos. Com o tempo, o Teste Bifurcado foi aprimorado, com alteração nas suas fases, a primeira passou a ser uma análise extrínseca, de separação e comparação entre as obras, junto à avaliação pericial, para posteriormente se realizar a análise intrínseca (segunda fase), cabendo unicamente ao perito que atuou na etapa anterior responder ao Teste de Plateia, como se plateia fosse, com vistas a inferir pelo plágio.¹⁰⁸

Assim, Lycurgo traz em sua obra uma série de testes pensados num passado não tão distante, pouco antes do meado do século XIX, que corroboram com a subjetividade em torno do plágio e sua difícil caracterização, pois nenhum deles apresenta um critério objetivo, preciso, mas sim critérios pautados na discricionariedade, subjetividade, pois, embora se valham da análise comparativa entre as obras envolvidas, voltada à identificação das semelhanças, não há critérios quantitativos definidos. E o que se quer aqui não é realizar críticas negativas, pois é sabido que somente caso a caso é que poderá se verificar a violação e os reais

¹⁰⁷ LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 33.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 34.

danos gerados, de modo que a instituição doutrinária de pré-requisitos, ante a omissão legislativa, engessaria esse processo de deliberação, podendo, por vezes, acarretar injustiças.

Com relação a esses meios para definição, cabe ainda falar sobre o entendimento de Silmara Juny, que traz que se deve partir da análise da apropriação da essência da obra alheia, aquilo que garante a individualidade da mesma, já que a configuração do plágio ocorrerá caso haja a apropriação do cerne da obra, daquilo que corresponde à inteligência do autor originário. Após isso, ela trata da intenção de lesão, que não se mostra importante, já que, independentemente do dolo, haverá o dano, de ordem moral ou patrimonial, ao autor. Mas, é nesse ponto que Silmara traz algo interessante, quando expõe que a dissimulação poderá ocorrer tanto pela falta de citação, quanto pela citação excessiva, já que esta última poderá ser em grau tão elevado, que, se retirada, fará a obra perder seu sentido, sua substância.¹⁰⁹ E esse ato de remover tudo o que foi aproveitado da obra alheia com vistas a detectar se a obra supostamente plagiária seria capaz de subsistir ou não, constitui um dos importantes filtros para definição da conduta fraudulenta.¹¹⁰

Além desses, irá se apurar o de praxe: análise de mérito (originalidade e criatividade), tutela pelo direito autoral, inoportunidade de exceção de fonte comum e de reminiscência, e os prejuízos de ordem material e/ou moral causadas para obra supostamente plagiada. Para a autora, esses requisitos seriam cumulativos e, uma vez existindo, poderia se atribuir, tecnicamente, o plágio.

Partir-se-á então dos requisitos, ora elencados, criados doutrinariamente pra se afirmar a ocorrência ou não do plágio e, por consequência, se aplicar as sanções

¹⁰⁹ O artigo 46, III da LDA prevê o direito de citação como uma exceção às violações ao direito autoral, segundo o qual é permitido a citação em livros, jornais, revistas ou outro meio de comunicação, de passagens de uma obra alheia, com finalidade de estudo, crítica ou polêmica, desde que em proporção adequada ao fim que se pretende, não deixando de indicar o nome do autor e a origem da obra. Assim, trata-se de reprodução parcial, mas que deve obedecer aos requisitos elencados na lei, portanto, não pode seu uso ser indiscriminado. Hermano Duval identifica que a utilização da citação, se feita em descumprimento a esses requisitos, irá gerar violação ao direito autoral, havendo casos em que se enquadrará como plágio, e casos em que se enquadrará como contrafação parcial, haja vista a lei brasileira não especificar os limites de transcrição, situação que persistiu na LDA de 1998, o que o levou a afirmar, por fim, que o limite será a concorrência que a segunda obra possa fazer à primeira. (NUNES, Simone Lahorgue. *Notas Sobre o Plágio de Obra Literária e Institutos Afins. Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 10, v. 39, jul/set 2009, p. 81./ DUVAL, Hermano. *Violações dos Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968, p. 95.)

¹¹⁰ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Notas Sobre Plágio e Autoplágio*. In: FARAH, Elias (coord.). *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nova série, ano 15, v. 29, jan – jun., 2012, p. 317 – 324.

cabíveis. Isso não quer dizer, no entanto, que não haja ou que não possam surgir meios distintos, pensados por outros doutrinadores, já que se trata de análise casuística, ante a falta de parâmetros legais e objetivos e a multiplicidade dos tipos de obras, existindo peculiaridades para cada uma delas, e, portanto, parâmetros próprios para averiguação da violação.

Deverá, em verdade, o magistrado, valendo-se dessas teorias, e/ou do mais que acreditar necessário, julgar o caso, agindo, para tanto, com obediência ao princípio constitucional da razoabilidade quando da análise probatória, pois “o plágio não pode ser tratado com parcimônia nem com exagero. Isso porque o Direito Autoral nasceu para estimular a criação, e não para engessá-la. Obras semelhantes podem perfeitamente coexistir de forma harmônica”.¹¹¹

3.2 POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL

Estudada a teoria, o que se quer agora é verificar como ocorre, na prática, a detecção do plágio, ou seja, como os doutos magistrados atuam ante os casos concretos e se, de fato, as teorias vistas são relevantes a ponto de serem utilizadas para se chegar à conclusão. Com essa finalidade, valeu-se de algumas situações satisfatórias à análise da matéria.

O primeiro caso é o Processo de nº 0008808-43.2001.8.26.0152, que tramitou na 1ª Vara Cível da Comarca de Cotia – SP.¹¹² Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com cobrança de multa contratual, ajuizada pela Wizard Brasil Livros e Consultoria LTDA, em face de Nagibe Rosti e Genesis School. A autora alegou que o primeiro réu fundou a Genesis School, uma escola de idiomas, se valendo do seu método de ensino e material didático, haja vista ter sido o coordenador pedagógico

¹¹¹ MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 262.

¹¹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Proc. nº 0008808-43.2011.8.26.0152. 1ª Vara Cível da Comarca de Cotia. Requerente: Wizard Brasil Livros e Consultoria LTDA. Requerido: Nagibe Rosti e Genesis School. Juiz de direito: Seung Chul Kim. São Paulo. D. J. 22 out. 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/search.do;jsessionid=106B1A4753B4CE7A2719A59C6D4E8623.cpo6?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0008808-43.2011&foroNumeroUnificado=0152&dePesquisaNuUnificado=0008808-43.2011.8.26.0152&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em 21 mai. 2015.

de uma das unidades da Wizard e professor de inglês por seis anos, tendo, portanto, acesso a todo material pedagógico da mesma. Os réus contestaram no sentido de que o Sr. Nagibe desenvolveu método e material didático próprios, diante de sua experiência, esses que são utilizados pela segunda ré, haja vista, possuírem uma sociedade de fato, inexistindo violação ao direito autoral.

Fora realizada perícia, em cautelar de antecipação de provas, que constatou que os dois cursos adotavam a mesma metodologia de ensino: possuíam duas particularidades incomuns nos materiais didáticos de cursos de idiomas em geral. Ademais, foi possível se verificar nos exercícios de aprendizagem frases idênticas ou similares, com semelhanças em relação não só ao conteúdo, mas também em relação à ordem de apresentação. Arguiu ainda a perita que, diante da falta de materiais didáticos semelhantes na atualidade, não poderiam os réus ter se valido de outro modelo senão o da autora, o que não deixaria dúvidas sobre a cópia de grande parte do material.

A perita, portanto, valeu-se de análise comparativa entre as duas obras, observando as semelhanças entre elas, o que consubstancia o Teste das Semelhanças de Hermano Duval, tendo afastado a excludente de fonte comum, e se voltado para a originalidade do método objeto da lide.

O juiz alegou não se tratar de plágio, sob o argumento de que a identidade de alguns trechos não configura plágio por si só, além de que o artigo 8º, I da LDA, não garante proteção ao método. Alega ainda que diferente não poderia ser a disposição do referido artigo, já que não existiria método totalmente inovador, diferente de qualquer outro existente, que ele, em verdade, resultaria de uma mescla com um método antecessor, com vistas a melhorá-lo, não cabendo exclusividade, por se voltar ao propósito educacional. Sob essas alegações, julgou improcedente o pedido.

Valeu-se o magistrado, portanto, da identificação do objeto de tutela pelo direito autoral, inexistente no caso em tela, o que gera, de logo, a impossibilidade de se falar em plágio. Corroborando tal atuação com a análise preliminar suscitada por Costa Netto, a ser realizada antes mesmo da utilização dos requisitos para determinação do plágio por ele elencados, posição também presente no entendimento de Silmara Juny.

Perpassa ainda pela intertextualidade, e pela função social necessária à criação, alegações dispensáveis, haja vista ser o primeiro argumento forte o suficiente para a elucidação do caso, por motivos óbvios.

Tendo o autor apelado, sob o argumento de que a sentença contrariava as provas produzidas nos autos, o TJ-SP negou provimento ao recurso,¹¹³ sob os mesmos argumentos usados pelo juiz de 1º grau, acrescentando o desembargador relator, Drº Enio Zuliani, que os réus não estavam utilizando as apostilas da autora, o que seria ilícito, valendo-se somente do método, que foi incrementado pelo modo de ensinar, característico de cada professor, “aliás, a arte de ensinar não está em nenhuma apostila”.¹¹⁴

Desse modo, de primeiro plano, o que deve se analisar é se merece o objeto da lide tutela autoral ou não, antes de se debruçar sobre os demais requisitos, pois, não o sendo, não haverá que se falar em violações de direito autoral, e, portanto, de plágio, o que não quer dizer que não possa haver outra medida de tutela cabível.

O segundo caso é o Recurso Especial de nº 1.423.288/PR,¹¹⁵ que foi interposto contra acórdão que negou provimento a um dos apelos, dando provimento parcial a outro, mantendo a condenação, reduzindo apenas o valor da indenização fixado pelo juízo a quo. Teve como partes João Virmond Suplicy Neto, Capital Realty Infra-estrutura Logística Ltda e Standard Logística Ltda, todos recorrentes, e Luiz Mori Neto Ribeiro dos Santos, recorrido. A narrativa fática é que Luiz Mori ajuizou ação

¹¹³ DIREITO AUTORAL. Escola de idioma (inglês) Conhecida instituição (WIZARD) que alega plágio praticado por ex-professor que, aproveitando material didático e demais ingredientes do know-how, cria seu próprio material didático. “Método” está inserto no rol do artigo 8º da Lei de Direitos Autorais. Isento de proteção. Finalidade de disseminar o conhecimento e não criar obstáculos para que ele se alastre. Inconcebível monopólio. Similitude entre os materiais didáticos. Plágio não configurado. Adoção da mesma metodologia de ensino que não é vedado pelo ordenamento jurídico. Não provimento.

¹¹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0008808-43.2011.8.26.0152. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelante: Wizard Brasil Livros e Consultoria LTDA. Apelado: Nagibe Rosti e Genesis School. Relator: Enio Zuliani. Julgado em 08 out. 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0008808-43.2011&foroNumeroUnificado=0152&dePesquisaNuUnificado=0008808-43.2011.8.26.0152&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em 21 mai. 2015.

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.423.288/PR. 3ª Turma. Recorrente: João Virmond Suplicy Neto, Capital Realty Infra-estrutura Logística Ltda e outro. Recorrido: Luiz Mori Neto Ribeiro dos Santos. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília. Data de Julgamento: 10 jun. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200361367&dt_publicacao=20/06/2014>. Acesso em: 21 mai. 2015.

indenizatória em face das recorrentes, requerendo reparação de danos materiais e morais que teria sofrido por suposto plágio de projeto arquitetônico de sua autoria. O mesmo teria sido contratado por uma empresa para realizar estudo de plano diretor que visava a construção de um armazém frigorífico, em imóvel de titularidade do segundo recorrente, e que seria utilizado pelo terceiro recorrente. Seu projeto foi apresentado, por meio de concorrência privada, à terceira recorrente, não tendo sido realizado o negócio. Registrou os direitos autorais de “Estudo Preliminar de Projeto Arquitetônico” nos órgãos competentes.¹¹⁶ Ao final, a obra de interesse das recorrentes foi executada por João Virmond, primeiro recorrente, e possuía tamanha semelhança em relação ao projeto do recorrido.

Ao final, foi dado provimento aos Recursos Especiais, reformando a decisão do acórdão impugnado e julgando improcedente a ação originária.¹¹⁷ O ponto de partida do relator foi o cabimento de proteção pelo direito autoral ao projeto em questão,

¹¹⁶ Art. 19 da LDA/98. É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no *caput* e no § 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Art. 17 da Lei nº 5.988/73. Para segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. § 1º Se a obra for de natureza que comporte registro em mais de um desses órgãos, deverá ser registrada naquele com que tiver maior afinidade. (BRASIL. **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 21 mai. 2015. / BRASIL. **Lei 5.988**, de 14 de Dezembro de 1973. Regula os direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 21 mai. 2015.)

¹¹⁷ RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO AUTURAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. ESTUDO PRELIMINAR DE PROJETO ARQUITETÔNICO DE ARMAZÉM FRIGORÍFICO. PROTEÇÃO LEGAL. ART. 7º, INCISO X, DA LEI Nº 9.610/1998. PLÁGIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. IRRELEVÂNCIA DAS SEMELHANÇAS APURADAS. LAUDO PERICIAL. NULIDADE RECONHECIDA. PROVA TÉCNICA SUBSTITUÍDA NA INSTRUÇÃO. VALORAÇÃO DA PROVA. POSSIBILIDADE. 1. Não subsiste a alegada ofensa ao artigo 535 do CPC, pois o tribunal de origem enfrentou as questões postas, não havendo no aresto recorrido omissão, contradição ou obscuridade. 2. A proteção conferida aos projetos de arquitetura, enquanto obras de criação intelectual, decorre da expressa disposição do art. 7º, inciso X, da Lei nº 9.610/1998. 3. O estudo preliminar é parte integrante do projeto arquitetônico, razão pela qual integra o patrimônio intelectual de seu autor e se faz, por isso, merecedor da proteção legal a que se refere o art. 7º, X, da Lei nº 9.610/1998. 4. A configuração do plágio, como ofensa ao patrimônio intelectual do autor de criações do espírito, depende tanto da constatação de similaridade objetiva entre a obra originalmente concebida e a posteriormente replicada quanto, e principalmente, do intuito consciente do plagiador de se fazer passar, de modo explícito ou dissimulado, pelo real autor da criação intelectual e, com isso, usufruir das vantagens advindas da concepção da obra de outrem. 5. A mera existência de semelhanças entre duas obras não constitui plágio quando restar comprovado, como ocorre no caso, que as criações tidas por semelhantes resultaram de motivações outras, estranhas ao alegado desejo do suposto plagiador de usurpar as ideias formadoras da obra de autoria de terceiro. 6. Hipótese em que as poucas semelhanças constatadas na comparação entre as obras de autor e réu resultaram da observância, pelos referidos arquitetos, do conteúdo do programa prévio elaborado por suas potenciais clientes bem como das especificidades do próprio terreno em que construída a edificação. 7. Recursos especiais providos para julgar improcedente a ação indenizatória.

tendo chegado à conclusão afirmativa, vez que o “Estudo Preliminar” objeto da lide, enquanto criação intelectual, está elencado no art. 7º, X da LDA, além de o mesmo ter sido registrado, o que, embora não seja necessário para a proteção, atesta a autoria e originalidade necessárias à uma obra. Partiu, depois disso, para os demais requisitos, invocando as semelhanças existentes, o que fez com auxílio de laudo pericial válido, este que apontou que as similitudes não revelavam plágio, vez que as criações resultaram das exigências técnicas apresentadas pelas recorrentes e da própria estrutura física do terreno onde seria realizada a edificação.

Nesse caso, portanto, o plágio foi afastado pela excludente de fonte comum e pela própria natureza da matéria em que se funda a criação. Tendo sido posto em prática o Teste das Semelhanças, havendo relação, ainda, com o Teste das Similaridades Substanciais, vez que houve a prova de acesso, já que o projeto foi apresentado à terceira recorrente, antes da execução da obra semelhante, mas de autoria diversa, passando-se para a análise das semelhanças substanciais, bem como do Teste das Abstrações, desde quando buscou-se filtrar as igualdades existentes, resultando na constatação de fonte comum, e, portanto, restando as obras sem semelhanças de expressões, mas tão somente de ideias, por força de determinações do contratante, ora requerente. Vale lembrar ainda do requisito objetivo da anterioridade, elencado por Costa Netto, que se fez presente no caso, com embasamento na data de registro do projeto arquitetônico, pelo recorrido, embora tenha restado infrutífera sua demanda por motivos outros.

Outro caso interessante se deu entre conhecidas emissoras de televisão, a Record e o SBT, numa ação de obrigação de fazer cumulada com indenização, da primeira contra a segunda, no Processo de nº 0169148-83.2012.8.26.0100.¹¹⁸ A alegação foi de que o formato do quadro televisivo “Jogo do Amor”, exibido pela ré, em um de seus programas, era de autoria da Record, que explorava o mesmo formato há quatro anos, com o nome de “Jogo da Afinidade”, no programa “Tudo é Possível”, sendo veiculado nos domingos à tarde, possuindo registro junto ao órgão

¹¹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Proc. nº 0169148-83.2012.8.26.0100. 27ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. Requerente: Radio e Televisão Record S/A. Requerido: Tv SBT Canal 4 de São Paulo S/A. Juiz de direito: Rogério Marrone de Castro Sampaio. São Paulo. D. J. 14 jul. 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0169148-83.2012&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=0169148-83.2012.8.26.0100&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em 22 mai. 2015.

competente. O SBT contestou no sentido de que se tratava de mera semelhança de ideias, estas que não seriam passíveis de monopólio pela parte autora.

Para fins de julgamento, o magistrado de logo explicita que a elucidação do caso dependerá de averiguação da originalidade da criação da autora, bem como, da prática do plágio pela ré, sendo, para tanto, imprescindível a prova pericial.

Pelo perito não foi encontrado nenhum registro, junto aos órgãos competentes, do programa da ré, havendo apenas pedidos de depósito, que estavam ainda sob análise e cuja solicitação se deu praticamente após 4 anos da data do registro do formato televisivo pela autora. Nesse ponto, se vislumbra a questão de que o registro, embora seja prescindível para recebimento da tutela, é um importante meio de prova.

Os programas eram emitidos no mesmo período aos domingos, além de possuírem várias identidades, a começar pela similitude entre as nomenclaturas. Havia também igualdade na atuação dos apresentadores, no roteiro, nos castigos aplicados aos participantes, situações estas que servem para demonstrar que possuíam o mesmo público alvo, os mesmos telespectadores. Todas essas semelhanças foram descritas com riqueza de detalhes pelo perito, para que concluísse pelo plágio, dada a quantidade voluptuosa de semelhanças, que caracterizava cópia parcial da obra da autora, esta que, por gozar de originalidade, merecia proteção pelo direito de autor. Além de que, sendo o programa originário de grande notoriedade, não poderia a ré ser eximida da prática da ilicitude com base nos argumentos de mera coincidência, desconhecimento ou ignorância.

Por todo o exposto na perícia, concluiu o juiz pela procedência da ação, com a devida condenação da ré. Inconformada, a SBT interpôs recurso de apelação, que foi improvido, com a manutenção da sentença proferida pelo juízo de primeiro grau, por unanimidade.¹¹⁹

¹¹⁹ DIREITO DO AUTOR – Sentença de procedência - APELO DA RÉ - Pretensão à inversão do julgado ou, subsidiariamente, à minoração do quantum indenizatório – Inadmissibilidade – Provas nos autos que revelam a ocorrência de desrespeito a direito autoral – Danos materiais passíveis de liquidação após a sentença – Danos morais que se presumem in re ipsa e cujo valor foi fixado em primeiro grau com atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Sentença mantida, com fundamento no art. 252, do Regimento Interno do TJ/SP – RECURSO DESPROVIDO. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0169148-83.2012.8.26.0100. 5ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Tv SBT Canal 4 de São Paulo S/A. Apelado: Radio e Televisão Record S/A. Relator: Fábio Podestá. São Paulo. Julgado em 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=->

Mais uma vez, para a solução do caso, ganhou destaque o pressuposto da originalidade, que, estando ausente, não haverá que se falar em obra, e, conseqüentemente, em aplicação do direito autoral. A essência é que toda criação, para ser considerada obra, e, portanto, objeto da tutela autoral, deverá possuir criatividade, enquanto concepção particular ou contribuição da personalidade do autor, sendo, portanto, um exercício criador que gerará, por consequência, a autoria, esta última vinculada à expressão, exteriorização de uma ideia, ou pensamento, que garantirá a exploração econômica exclusiva do autor, consubstanciando-se, em verdade, no direito à paternidade da obra.¹²⁰

Outro ponto frisado foi a necessidade de semelhança na estrutura, na forma de expressão da obra, o que retrata o pensamento de Hermano Duval, já analisado, de que o plágio irá decorrer da cópia do modo como as ideias foram abordadas, utilizadas, dispostas, pelo autor originário. Caindo, assim, no uso do Teste das Semelhanças, cujos critérios qualitativos e quantitativos mostraram-se satisfeito no laudo pericial e foram acolhidos pelo juiz. Outro requisito que se fez uso, evidentemente, foi o da presunção do conhecimento efetivo, de Costa Netto, ao se falar na notoriedade do programa originário.

Notadamente, as constatações presente no lado pericial decorreram da análise em separado das obras, com vistas a indicar as semelhanças, tendo se valido o perito de DVDs fornecidos como prova nos autos. Ora, nesse ponto se vê reflexos do Teste Bifurcado, pois o perito, embora possa não ter sido sua primeira intenção, acaba por servir como “plateia” na construção analítica de suas conclusões, em especial, quando admite que a conduta perpetrada pela ré seria capaz de gerar dúvidas nos telespectadores, desse modo, o formato plagiário tinha a capacidade de causar satisfação aos órgãos sensoriais dos seus receptores, como se originário fosse, tamanha a indistinção.

A minissérie Aquarela do Brasil também foi alvo de acusação de plágio. Eliane Egly Ganem ajuizou ação ordinária indenizatória por danos morais e materiais, em face de Lauro César Martins Amaral Muniz, este que possuía seu nome vinculado à

1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0169148-83.2012&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=0169148-83.2012.8.26.0100&dePesquisaNuAntigo=>. Acesso em 22 mai. 2015.)

¹²⁰ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A Questão da Autoria e da Originalidade em Direito de Autor. In: DOS SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**. São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 106-109; 126-127.

autoria da minissérie, e da TV Globo Ltda. Aduzia a autora que havia elaborado um roteiro, de 11 páginas, ao qual intitulou de Aquarela do Brasil, tendo-o registrado em 1996. Sua criação foi apresentada à várias emissoras de televisão, dentre elas, a Globo. Acusa ter tido sua obra usurpada pela TV Globo, quando da transmissão da minissérie, com o mesmo nome, em 2002, e cuja autoria era de Lauro César Muniz. Arguiu que havia total simetria entre as obras, incluindo os personagens, o período e local em que se dava a trama.

Em primeiro grau, foi negado provimento ao pedido exordial, sentença essa que foi modificada, para dar acolhimento à pretensão da autora, em sede de apelação. Lauro César Muniz interpôs recurso especial,¹²¹ que será o objeto de análise.

A questão posta era identificar se o que havia de semelhante entre as obras eram meras ideias, e se o tema central das narrativas constituía uma banalidade, já que de conhecimento de todos, por se tratar da história do Brasil.

Quanto ao título, nada se poderia alegar, vez que é o nome de uma música brasileira, conhecida na década de 40, período em que se dá a trama, sendo o autor dela um dos homenageados no enredo. Desse modo, não há criatividade. Na perícia que instruiu o processo de primeiro grau o perito chegou a expressar que essa música é um hino extra-oficial do Brasil até os dias de hoje. As duas obras retratavam a realidade cultural e política da época, no Rio de Janeiro, momento do auge do rádio, sendo o tema central a música brasileira, marcada ainda pela Era Vargas e pela Segunda Guerra Mundial. A história circulou em torno da ascensão artística de uma jovem humilde, às escondidas de sua família, e que acabou por se envolver em um triângulo amoroso.

O ministro relator se valeu das lições de vários doutrinadores, dentre os quais, Ascensão e Antônio Chaves, aqui também já muito utilizados, para afirmar ser pacífico que as ideias são inapropriáveis e insuscetíveis de proteção autoral, bem como os temas. Cabendo proteção, portanto, à forma de expressão. Se voltando ainda para o fato de que os autores estão expostos a uma gama de fatos, conceitos e outras manifestações, transformando-os para gerar uma obra, incorrendo, não

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.189.692/RJ. 4ª Turma. Recorrente: Lauro César Martins Amaral Muniz. Recorrido: Eliane Egly Ganem. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília. Data de Julgamento: 21 mai. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000667611&dt_publicacao=01/07/2013>. Acesso em 23 mai. 2015.

raramente, em igualdade de temáticas, mas não em igualdade de conteúdos, produzindo, portanto, obras distintas, com identidades próprias.¹²²

Ademais, sendo as duas obras voltadas para o contexto histórico-político brasileiro, retratando, inclusive, personagens reais, o que se tem é um conhecimento público, que faz parte da memória de todos, e, nesse caso, pode-se falar na questão da própria natureza da matéria, que impõe as semelhanças, bem como das banalidades, aquilo que está disponível a todos. Quanto aos personagens fictícios, sobre os quais a semelhança realmente seria capaz de ensejar uma conclusão tendente ao plágio, o perito afirma não haver semelhanças, residindo as similitudes apenas nas circunstâncias gerais.

Por essas razões, concluiu o relator pela inexistência da violação ao direito autoral, dando provimento ao recurso especial,¹²³ em concordância com a conclusão do laudo pericial de que as duas obras são inéditas e autênticas, partindo apenas de uma mesma ideia geral: a era do rádio no Rio de Janeiro, na década de 40, marcada pela Era Vargas e pela 2ª Guerra Mundial, com fidelidade aos personagens reais da época, dentre os quais, cantores, atores e políticos, o que, por razões óbvias, gerou as similitudes.

Evidente, pois, mais uma vez, a primazia do Teste das Semelhanças e da originalidade/criatividade, bem como da análise das excludentes (ideias não gozam de proteção), da anterioridade (registro da obra supostamente plagiada anterior à

¹²² “As reivindicações de proteção autoral não devem repousar sobre as ideias, mas sim, sobre a ordem das palavras, sobre os traços, enfim, sobre a sua expressão, a qual é marcada por traços permanentes da individualidade daquele que as expressa, posto que a forma com que cada indivíduo expressa suas ideias é tão peculiar quanto a sua feição. Para o mundo jurídico uma ideia não pode existir e ter validade sem que seja associada a uma determinada forma de expressão.” (LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 15.)

¹²³ RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. AQUARELA DO BRASIL. ROTEIRO/SCRIPT. MINISSÉRIE. ART. 8.º, INC. I, DA LEI 9.610/1998. APENAS AS IDEIAS NÃO SÃO PASSÍVEIS DE PROTEÇÃO POR DIREITOS AUTORAIS. 1. É pacífico que o direito autoral protege a criação de uma obra, caracterizada como sua exteriorização sob determinada forma, não a ideia em si nem um tema determinado. É plenamente possível a coexistência, sem violação de direitos autorais, de obras com temáticas semelhantes. (art. 8.º, I, da Lei n. 9.610/1998). 2. O fato de ambas as obras em cotejo retratarem história de moça humilde que ganha concurso e ascende ao estrelato, envolvendo-se em triângulo amoroso, tendo como cenário o ambiente artístico brasileiro da década de 40, configura identidade de temas. O caso dos autos, pois, enquadra-se na norma permissiva estabelecida pela Lei n. 9.610/1998, inexistindo violação ao direito autoral. 3. *Por mais extraordinário, um tema pode ser milhares de vezes retomado. Uma Inês de Castro não preclude todas as outras glosas do tema. Um filme sobre um extraterrestre, por mais invectivo, não impede uma erupção de uma torrente de obras centradas no mesmo tema*” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: renovar, 1997. p. 28). 4. Recurso especial a que se dá provimento para julgar improcedente o pedido inicial.

data de veiculação na televisão) e do conhecimento efetivo da obra originária (fora apresentado a uma das réis o roteiro da autora da ação, antes do hipotético plágio), e das banalidades (período da história brasileira), análises estas que compõe os critérios estabelecidos por Costa Netto e o Teste das Abstrações, separadamente.

Em todos os casos, desse modo, embora não venham expressamente mencionadas, há indícios da presença do uso das teorias ora elencadas. Dentre elas, mostrou-se imprescindível o Teste das Semelhanças, de Hermano Duval, o que é, de certa forma, óbvio, pois, tratando-se de análise casuística, como irá se verificar a existência da usurpação da autoria, de forma total ou parcial da obra, sem realizar a comparação entre elas, e, depois disso, sopesar a relevância das similitudes encontradas? Assim sendo, não haveria outra opção, senão essa.

Além disso, foram vislumbradas as preliminares a serem argüidas, aquelas que destroem, de logo, qualquer pretensão de violação ao direito autoral, relacionadas às excludentes, já exaustivamente aqui tratadas.

Não restaram sem utilização, também, em grau talvez menor, ou menos aparente, os testes trazidos por Eduardo Lycurgo, dentre os quais o Teste das Abstrações e o Teste das Similaridades Substanciais, estes que possuem relação direta com o Teste das Semelhanças, podendo-se dizer que eles o contêm. Quanto ao Teste da Plateia, o próprio autor afirma a impropriedade de seu uso, diante de sua falta de técnica e subjetividade elevada. O Teste Bifurcado acaba por constituir um meio termo, já que composto por duas fases, uma de comparação das obras e outra de um Teste de Plateia a ser realizado só com o perito responsável pela produção do laudo para instrução do processo. Esse último, por abstração, pôde ser visualizado no terceiro caso apresentado, que envolveu as emissoras de televisão Record e SBT.

A realidade é que a determinação do plágio, embora imprecisa e discricionária, parte das mesmas premissas básicas, qualquer que seja a técnica adotada. Essas premissas nada mais são que a necessidade de exteriorização e originalidade, que garantirão à criação o status de obra, de usurpação da autoria, característica que compõe o próprio conceito de plágio, e, portanto, intrínseca a ele, além da análise da relevância das semelhanças existentes entre as obras que estiverem em questão.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Uma vez reconhecida que a conduta perpetrada constituiu violação ao direito autoral, materializada na usurpação de autoria de obra alheia, ou seja, plágio, deverá se aplicar as medidas cabíveis para responsabilização do infrator pelos danos gerados, sejam de ordem patrimonial ou moral, ao autor originário detentor da paternidade da obra violada. Tais medidas poderão ser de ordem civil e/ou penal, sem descartar as administrativas, em alguns casos.

O foco está na esfera civil, cujo entendimento perpassará pelos aspectos gerais da responsabilidade civil, bem como por seus pressupostos e tipos, encerrando-se com a compreensão destes cumulados com as previsões específicas à matéria trazidas pela LDA. Não deixando de verificar como isso ocorre na prática.

O que se quer ao final é a proteção ao autor, com a efetivação da tutela autoral, garantida, inclusive, no âmbito da Constituição Federal, com caráter de direito fundamental, tendo o viés de, dentre outras coisas, estimular a atividade criativa, e, conseqüentemente, gerar o desenvolvimento cultural da sociedade, conforme já abordado.

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Desde a antiguidade, aquele que causava dano a outrem sempre foi obrigado a repará-lo. Inicialmente, o que existia era a vingança privada, o chamado “olho por olho, dente por dente”. Com o passar do tempo, verificou-se que a compensação econômica parecia mais conveniente, e a legislação passou a vedar que as vítimas fizessem justiça com as próprias mãos, tendo-se passado para o estado o direito exclusivo de punir, momento em que surgiu a noção de indenização e de responsabilidade civil.¹²⁴

Para que haja harmonia na vida em sociedade, os indivíduos são obrigados a cumprir os deveres jurídicos, estabelecidos pelo sistema legal ou voluntariamente

¹²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47 – 50.

estipulados entre as partes (frutos de negócios jurídicos). A violação a esses deveres jurídicos é que constituirá o ilícito, e, por consequência, a necessidade de reparação do dano. A responsabilidade civil, portanto, enquanto meio de proteção do lícito e repressão do ilícito, é uma obrigação que surge em razão do descumprimento de uma obrigação anterior, preexistente. Para cada direito absoluto há um dever recíproco de respeito. Assim, tem-se um chamado dever jurídico primário, o direito de outrem que foi violado, a obrigação, e um dever jurídico sucessivo, aquele que surge em razão da violação do primeiro, voltado à recomposição do dano gerado, a obrigação de indenizar.¹²⁵

Em síntese:

(...) a *noção jurídica de responsabilidade* pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). (...) pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas.¹²⁶

Essa responsabilidade terá como pressupostos, pelo que se extrai do artigo 186 do Código Civil,¹²⁷ a existência de uma conduta humana, o dano, o nexo causal e o dolo ou a culpa.

Pela conduta se entende a ação ou omissão da pessoa natural ou jurídica, desde que voluntária, ou seja, realizada no exercício do direito de liberdade e, portanto, dotada de consciência. Quanto ao dano, sem ele não haverá responsabilidade,¹²⁸ sendo, portanto, pressuposto obrigatório, que se consubstancia na lesão a um interesse juridicamente protegido, e que, será indenizável, se for certo, concreto, e permanecer até o momento da propositura da ação.

¹²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13 – 18.

¹²⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 03, pg. 53.

¹²⁷ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.)

¹²⁸ “Já a responsabilidade, por ser efeito, é, necessariamente, consequência de algum fato jurídico. Não à toa é o dano colocado (juntamente com a conduta e o nexo causal) como pressuposto da responsabilidade. Há, portanto, uma relação de dependência entre responsabilidade e dano. Não há responsabilidade sem dano, embora possa haver dano sem responsabilidade.” (REQUIÃO, Maurício. Inadimplemento, Dano e Responsabilidade: Estudo da Relação. *In: Teses da Faculdade Baiana de Direito*, 2013, v. 05, p. 113.)

O dano constitui um *fato jurídico em sentido estrito*, que, apesar de na maioria das vezes estar associado à prática de ilicitude, poderá restar configurado mesmo sem a conduta humana, pela sua grande relevância ao direito.¹²⁹

Esse dano poderá ser de ordem patrimonial, violação a bens e direitos economicamente mensuráveis, que possui como espécies o dano emergente (prejuízo ao patrimônio já existente do lesado) e o lucro cessante (o que se deixou de ganhar em razão da lesão, um dano potencial). Ou extrapatrimonial, ou moral, que atinge bens personalíssimos, não dotados de representação econômica.¹³⁰ Sendo, esses dois tipos de danos, legalmente previstos, independentes entre si, de modo que não haverá prejuízo na existência de um, quando da inexistência do outro.¹³¹

O nexo causal nada mais é que a relação que deve existir entre o dano e a conduta do infrator, para que este possa ser responsabilizado. Assim, se não verificado que foi a conduta do agente que deu causa ao dano, não pode, por óbvio, ele responder por isso.¹³² Várias teorias surgiram para fins de determinação dessa causalidade, mas a que se mostrou mais adequada, haja vista as demais possuírem elevado grau de incerteza e ampliarem o dever de reparar para além do que merecia ser reparado e de quem deveria reparar, foi a teoria da causalidade direta ou imediata. É ela a adotada pelo Código Civil brasileiro e dispõe que somente será considerada causa jurídica o evento que se vincular diretamente ao dano, sem a intervenção de outra causa superveniente, não deixando para trás o ressarcimento, de forma extraordinária, dos danos indiretos, que decorram obrigatoriamente dessa causa central.¹³³

¹²⁹ REQUIÃO, Maurício. Inadimplemento, Dano e Responsabilidade: Estudo da Relação. *In: Teses da Faculdade Baiana de Direito*, 2013, v. 05, p. 112.

¹³⁰ “Tem se tornado pacífico o entendimento de que o dano moral é a lesão a direito da personalidade, estando ínsito ao fato causador de tal lesão, sendo desnecessária a prova dos sentimentos provocados por ela. Em que pese alguma divergência na doutrina e na jurisprudência, os sentimentos negativos experimentados por aquele que sofre dano moral não se confundem com o dano, mas são a razão de ser da indenização, de caráter compensatório. Assim, o dano é a violação do direito e os sentimentos, a consequência que justifica o surgimento da obrigação e indenizar.” (BORGES, Thiago Carvalho. Sobre o Dano Moral à Pessoa Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 11, v. 41, jan/mar 2010, p. 127.)

¹³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 03, pg. 73 – 96.

¹³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

¹³³ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55 – 63.

Esse nexos de causalidade jurídico, no entanto, não se relaciona com o natural ou lógico, pois, nem sempre aquilo que no mundo fatídico e da razão é considerado causa de um evento, o será também para fins processuais. Na prática hoje, esse requisito vem sofrendo relativizações, ou erosões, como prefere chamar Schreiber, pois, diante das dificuldades para sua determinação, embora existam construções doutrinárias nesse sentido e o CC/02 tenha adotado a teoria da causalidade direta ou imediata, conforme supracitado, os tribunais tem se valido da máxima da garantia de reparação à vítima, de modo a não darem mais o rigoroso e dogmático tratamento de outrora a esse elemento. Com isso, ocorre a expansão do dano ressarcível, este que, embora sirva algumas vezes como modo de evitar injustiças, outras vezes, acaba perpetrando-a, naqueles casos em que se imputa a responsabilidade à alguém individualmente, quando, em verdade, seria um ônus da sociedade como um todo. Desse modo, tal processo merece críticas, mas também elogios, vez que algumas vezes permite que a responsabilidade recaia sobre agentes que cometem abusos, e que dificilmente seriam responsabilizados se não fosse tal flexibilização do nexos causal.¹³⁴

Por fim, há que se falar no elemento subjetivo da responsabilidade, o dolo, voltado à intenção, ou a culpa, fruto de negligência ou imperícia, na conduta do agente. Esse último requisito, conforme se verá, perdeu sua força, em consequência das mudanças sociais, da ampliação dos danos, outrora inimagináveis, e da necessidade de efetividade do instituto da responsabilidade, pela garantia de reparação à pessoa vitimada.

Nesses termos, a responsabilidade civil, em razão de algumas peculiaridades, costuma ser dividida em quatro espécies. Primeiro fala-se na responsabilidade civil subjetiva, segundo a qual, dentre os pressupostos para que seja devida a reparação do dano, está a necessidade de comprovação da culpa do agente. Ou seja, a responsabilidade do causador do dano só irá existir se se comprovar que ele agiu com dolo ou culpa. Com o passar do tempo, entendeu-se que a culpa não era suficiente para regulamentar todos os casos que deviam ensejar responsabilidade. Desse modo, surgiu a responsabilidade objetiva, cujo dever de indenizar subsiste independentemente da prova de culpa, o que não quer dizer que será

¹³⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55 – 79.

responsabilizado aquele que não deu causa ao dano, vez que ainda será necessária a comprovação do nexo causal. Nessa segunda classificação se enquadrariam os casos em que há culpa presumida, e, nas demais situações, a responsabilização se justificaria pela teoria do risco,¹³⁵ segundo a qual pessoas que exercem determinadas atividades criam um risco de dano a outrem.¹³⁶

Desse modo, a responsabilidade subjetiva é a regra e a objetiva a exceção, esta última que terá seus casos delimitados por meio da legislação, constitucional ou esparsa.

Com relação a isso, Schreiber fala da erosão da culpa como filtro de reparação, onde, pela análise dos casos legais de responsabilidade objetiva, verificou-se que essa responsabilidade se volta não para a causa do dano, para a conduta perpetrada pelo agente, mas sim para o resultado, onde o que se quer, em verdade, é garantir o direito de indenização à vítima, diante da dificuldade ou impossibilidade de se verificar a culpa, ou mesmo de se valer da teoria do risco, em certos casos. Além disso, o referido autor identificou as modificações sofridas pela ideia de culpa, esta que passou de uma noção voltada à consciência de lesão e à previsibilidade do dano pelo agente, para uma ideia de culpa objetiva, aferida de forma abstrata, de acordo com o comportamento esperado, ou desejado, de um homem médio (um modelo abstrato de comportamento baseado na boa-fé objetiva – confiança recíproca (dever de lealdade) e respeito aos interesses alheios -, que seria exigível socialmente, e cuja violação ensejaria culpa), portanto, desvinculada de qualquer característica psíquica ou pessoal do sujeito. E essa nova ideia de culpa passou a ser utilizada nos casos de imputação da responsabilidade subjetiva, havendo, portanto, também dentro dela uma relativização desse elemento, com facilitação na sua comprovação.¹³⁷

¹³⁵ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.)

¹³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59 – 61.

¹³⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19 – 21; 28 – 30; 34 – 38; 46 – 49; 50 – 51.

O que se vê, portanto, é que a responsabilidade civil objetiva não substitui a subjetiva. O que ocorre é que, com o progresso social e a necessidade de tutela e recomposição do direito da vítima, houve uma maleabilidade jurisdicional voltada à primazia do requisito do dano, com um conseqüente aumento do rol de situações abarcadas pelo instituto da responsabilidade civil e da possibilidade de reparação.

Voltando-se à classificação, há ainda a responsabilidade civil contratual, aquela em que as partes possuíam entre si um negócio, um vínculo jurídico e cuja desobediência de uma das partes a uma das cláusulas do contrato gerou prejuízos à outra. Já quando a responsabilidade não decorrer de um contrato, haverá a responsabilidade civil extracontratual, incidindo a infração, em verdade, sobre uma obrigação legal. Ambas, de um modo geral, possuirão os mesmos efeitos, havendo diferenças voltadas apenas para a questão processual, por exemplo, o ônus probatório será do autor no caso da responsabilidade extracontratual, bastando na contratual que se demonstre a parcela do contrato que não foi cumprida.¹³⁸ O que se conclui é que a responsabilidade extracontratual surgirá com a prática de uma conduta danosa, enquanto que a contratual não viola o dever geral de não causar dano, e sim o dever específico de cumprimento de uma obrigação, à qual se vinculou.¹³⁹

Qualquer que seja o tipo de responsabilidade, o que se tem por certo é que ela possui natureza sancionadora, que se consumará por meio de pena, indenização ou compensação pecuniária. À essa reparação atribui-se três funções principais, a primeira representa a máxima do instituto, qual seja, a compensação do dano sofrido, que objetiva o retorno das coisas ao estado como elas eram antes, e poderá ocorrer pela mera reposição do bem, ou, nos casos em que isso não for possível, por vias indenizatórias, cujo quinhão devido exprimirá o valor do bem ou a compensação do direito. A segunda função possui caráter punitivo, pela imperícia e imprudência do autor do fato, compelindo-o a não incorrer novamente na prática danosa, podendo não sobrevir nos casos em que houver reparação integral do dano causado. A última função constitui um reflexo das demais, e se traduz na

¹³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 62 – 64.

¹³⁹ REQUIÃO, Maurício. Inadimplemento, Dano e Responsabilidade: Estudo da Relação. *In: Teses da Faculdade Baiana de Direito*, 2013, v. 05, p. 113.

desmotivação social da conduta lesiva, portanto, de caráter socioeducativo, para manutenção da ordem social.¹⁴⁰

Assim, com base nessas premissas básicas da responsabilidade civil, depreende-se que uma vez gerado um dano, seja de ordem patrimonial ou moral, surgirá para o titular desse direito lesado, ora tutelado por dispositivos legais pátrios ou de origem contratual, a garantia de recomposição, fazendo-o retornar ao estado em que se encontrava antes da conduta delituosa perpetrada pelo agente, em desobediência ou inobservância ao direito alheio, ou ao menos, compensar o dano, quando da impossibilidade de restabelecimento do *status quo ante*.

4.2 PELA PRÁTICA DO PLÁGIO

Uma vez entendidas essas premissas, o foco agora é verificar como se dará a responsabilidade civil pela prática do plágio, tendo em vista que há legislação específica, nesse caso, a já mencionada Lei de Direitos Autorais (LDA), que dispõe sobre as conseqüências geradas para aquele que viola os direitos de autor por qualquer meio. Desse modo, para fins de responsabilização, se valerá das regras gerais estatuídas pelo Código Civil, acima avaliadas, de caráter basilar, e do tratamento particular dado aos casos pelas disposições da referida lei.

Havendo a usurpação da autoria, de parte ou da totalidade da obra alheia, de forma dissimulada, não se encaixando a conduta em nenhuma das excludentes ora estudadas na primeira parte desse trabalho, e, para além das provas carreadas aos autos, se, uma vez realizada a análise das semelhanças das obras, por meio de perito, restar verificado que, naquele caso, a obra plagiária não subsiste com a supressão daquilo que ela tem em comum com a originária, será, portanto, inconteste a existência do plágio. E, sendo esse o entendimento fruto do livre convencimento motivado do magistrado, deverá ele determinar a responsabilização, pelos meios de reparação dos danos, morais e patrimoniais, cabíveis, reconhecendo o direito a que faz jus o autor prejudicado, tutelando-o.

¹⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 03, p. 63 – 67.

Vale lembrar que o entendimento doutrinário é de que a responsabilidade civil pela prática do plágio é uma responsabilidade civil objetiva, diante da desnecessidade de comprovação do dolo ou da culpa na prática do ato, tendo em vista que, qualquer que seja a utilização indevida da obra alheia, ela irá gerar danos ao autor, o que se depreende da disposição do artigo 28 da LDA,¹⁴¹ que garante o direito exclusivo de uso, fruição e disposição da obra pelo seu criador. Ademais, apenas na esfera penal é que se faz necessária a comprovação do elemento subjetivo,¹⁴² o que na esfera civil poderia ocorrer por mera presunção decorrente do próprio conceito da infração, que inclui o elemento da dissimulação.

Esse entendimento se coaduna com a tese da erosão da culpa como filtro de reparação da responsabilidade civil apresentado por Schreiber. E, com base nisso, se verifica que os pressupostos que deverão estar presentes no caso concreto serão os da conduta, do nexo causal e do dano, outrora explicados.

Desde as primeiras legislações vigentes no país, que tratavam do direito autoral, houve a previsão de imputação de responsabilidade civil ao infrator. Por exemplo, a Lei Medeiros de Albuquerque determinava que, havendo reprodução fraudulenta de uma obra, deveria o infrator perder os exemplares frutos do ilícito. O próprio Código Civil de 1916, em seu artigo 667,¹⁴³ também previu a reparação dos danos por vias indenizatórias, perdas e danos, nos casos de usurpação de autoria, com a obrigação acessória de introdução do nome do verdadeiro autor à obra fraudulenta. A CF/88, ao prever a indenização por danos morais e materiais decorrentes de violação aos direitos de imagem, vida privada, honra e intimidade, de forma genérica, abarcou os direitos de autor, pelo status deles de direito da personalidade.¹⁴⁴

¹⁴¹ “Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.” (BRASIL. **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.)

¹⁴² SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral*. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual, p. 202 – 204.

¹⁴³ “Art. 667. É suscetível de cessão o direito, que assiste ao autor, de ligar o nome a todos os seus produtos intelectuais. (Revogado pela Lei nº 9.610, de 1998). § 1º Dará lugar à indenização por perdas e danos a usurpação do nome do autor ou a sua substituição por outro, não havendo convenção que a legitime. § 2º O autor da usurpação, ou substituição, será, outrossim, obrigado a inserir na obra o nome do verdadeiro autor.” (BRASIL. **Lei 3.071**, de 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.)

¹⁴⁴ COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2. Ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: FTD, 2008, p. 354 – 358.

Tudo isso até que veio a LDA de 1998 e arrematou a questão, prevendo, inicialmente, quais os direitos morais e os patrimoniais do autor, esses últimos relacionados ao aproveitamento econômico da obra, em seus artigos 24¹⁴⁵ e 28.

Ora, os direitos morais aqui falados não se confundem com o sentido usual associado à ideia de dor, tristeza, sofrimento e vexame, a verdade é que se quer retratar os direitos da personalidade do autor, expressos em sua obra, e desvinculados de qualquer caráter patrimonial. Desse modo, seja qual for a violação aos direitos elencados no art. 24, supracitado, irá se gerar a presunção do dano moral, ainda que não tenha havido o sofrimento, o vexame e os demais sentimentos mencionados. Podendo-se falar, ainda, que esses direitos morais de autor se resumem no direito de paternidade e de integridade da obra, sendo personalíssimos e perpétuos, o que se depreende da vedação expressa, do artigo 49, I da LDA/98,¹⁴⁶ à transferência deles à terceiros e da previsão de prazo de proteção limitado apenas aos direitos materiais (art. 44).^{147 148}

Quanto aos direitos patrimoniais, não há nenhuma observação a se fazer, relacionam-se com a fruição econômica da obra, que é exclusiva do autor, a não ser

¹⁴⁵ “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; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV. § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público. § 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.” (Brasil, **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.)

¹⁴⁶ “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: I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei.” (Brasil, **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.)

¹⁴⁷ “Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.” (Brasil, **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.)

¹⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Direito Autoral e Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo5.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

nos casos em que ele mesmo autoriza que outrem o faça, possibilidades estas que estão elencadas no artigo 29 da referida lei,¹⁴⁹ sendo as mais comuns a edição, reprodução e exposição, prevendo, o próprio legislador, a possibilidade de surgirem outras modalidades. O dispositivo, portanto, traz uma lista exemplificativa, não exaurindo todas as possibilidades, o que demonstra sua maleabilidade para a nova realidade social. Assim sendo, as violações do direito patrimonial do autor decorrerão de mera infração à lei autoral.¹⁵⁰

Pela infração de um ou mais desses direitos patrimoniais e/ou morais é que decorrerá o dano civilmente responsabilizável.

Para além da indenização voltada à recomposição do dano, o que, a depender do caso, poderá incluir danos emergentes, lucros cessantes e um valor arbitrado a título de danos morais, esse último, que, por tentar recompensar um dano sem expressão econômica no mundo dos fatos, deverá ser atribuído com proporcionalidade e razoabilidade pelo próprio magistrado, a lei define obrigações acessórias, que serão aplicadas de acordo com o direito violado, patrimonial ou moral, podendo variar ainda segundo a modalidade de violação.

Nesse sentido, o artigo 108 da LDA/98¹⁵¹ dispõe que, se a conduta danosa se executou pela utilização da obra alheia sem a indicação, vinculação, do nome do

¹⁴⁹ “Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral; II - a edição; III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; IV - a tradução para qualquer idioma; V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário; VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas; IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas. (Brasil, **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.)

¹⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Direito Autoral e Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo5.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

¹⁵¹ “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 -

autor, além de o agente responder pelos danos morais, deverá divulgar a identidade do criador originário de uma forma que irá variar de acordo com o suporte pelo qual houve a veiculação. Nesse caso, se foi por empresa de radiodifusão, se dará por três dias consecutivos no mesmo horário em que ocorreu a infração, se por publicação gráfica ou fonográfica, será por erratas nos exemplares ainda não distribuídos e comunicação em jornal de grande circulação por três vezes consecutivas, ou, ainda, se por outro meio, pela imprensa por três dias consecutivos também.

Fica evidente, então, que o que se quer é garantir maximamente o direito de paternidade da obra, ainda que este já tenha sido violado, por meio da conjugação entre a indenização monetária e a devida associação do nome do autor à sua criação, numa tentativa de minimizar os efeitos lesivos da usurpação.

Embora o bem jurídico do autor que sofreu lesão não possa ser mensurado economicamente, ele precisa ser reparado de alguma forma, e a forma encontrada foi a indenização, até para que não ficasse o lesionador do direito impune. Não há regra específica para o arbitramento de valores, o que de certa forma traz mais justiça e segurança, pois será o magistrado que, livremente, porém de acordo com as peculiaridades de cada caso, e pelo sopesamento das matérias de fato constantes dos autos, irá definir, baseado na equidade, na razoabilidade e na proporcionalidade. Hoje no Brasil observa-se uma tendência dos tribunais em adotarem alguns critérios, dentre os quais, o de extensão do prejuízo, do grau de culpa, e da situação econômica do ofensor e do ofendido, critério esses que, no final das contas, não retiram o caráter subjetivo e discricionário da questão.¹⁵²

Assevera Cavalieri Filho que, mesmo que uma obra tenha sido objeto de cessão, o que estará em jogo nesse negócio jurídico será o direito patrimonial do autor, haja vista, conforme já evidenciado, não serem os direitos morais objeto de

tratando-se de empresa de radiodifusão, no mesmo horário em que tiver ocorrido a infração, por três dias consecutivos; 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.” (Brasil, **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.)

¹⁵² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 267 – 276.

transferência,¹⁵³ ainda que por vontade das partes, evocando aqui a questão da autonomia privada, já trabalha com o auxílio das lições de Roxana Borges. Por essa razão, não está o cessionário autorizado a valer-se da obra objeto da cessão indiscriminadamente, pois possui o dever de respeitar os direitos imateriais do autor, mesmo que estes não estejam expressos contratualmente, uma vez que não pode se furtar de uma obrigação tendo como justificativa o não conhecimento da lei.

No âmbito dos direitos materiais, ou patrimoniais, essas obrigações acessórias terão uma variação maior, aplicando-se aquela que se associar com as circunstâncias pelas quais se deu a violação. Tais obrigações estão elencadas no artigo 102 e seguintes da Lei de Direitos Autorais.¹⁵⁴

A primeira diz respeito à reprodução, divulgação ou outra forma de utilização fraudulenta, situação na qual poderá o lesado requerer a apreensão dos exemplares ou a suspensão da divulgação, o que não excluirá o direito dele à indenização

¹⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Direito Autoral e Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo5.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

¹⁵⁴ “Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível. Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido. Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos. Art. 104. Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior. Art. 105. A transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas, realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão ser imediatamente suspensas ou interrompidas pela autoridade judicial competente, sem prejuízo da multa diária pelo descumprimento e das demais indenizações cabíveis, independentemente das sanções penais aplicáveis; caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro. Art. 106. A sentença condenatória poderá determinar a destruição de todos os exemplares ilícitos, bem como as matrizes, moldes, negativos e demais elementos utilizados para praticar o ilícito civil, assim como a perda de máquinas, equipamentos e insumos destinados a tal fim ou, servindo eles unicamente para o fim ilícito, sua destruição. Art. 107. Independentemente da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos, nunca inferiores ao valor que resultaria da aplicação do disposto no art. 103 e seu parágrafo único, quem: I - alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares das obras e produções protegidas para evitar ou restringir sua cópia; II - alterar, suprimir ou inutilizar, de qualquer maneira, os sinais codificados destinados a restringir a comunicação ao público de obras, produções ou emissões protegidas ou a evitar a sua cópia; III - suprimir ou alterar, sem autorização, qualquer informação sobre a gestão de direitos; IV - distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou puser à disposição do público, sem autorização, obras, interpretações ou execuções, exemplares de interpretações fixadas em fonogramas e emissões, sabendo que a informação sobre a gestão de direitos, sinais codificados e dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem autorização.” (Brasil, **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.)

cabível. Essa se mostra ser a obrigação mais abrangente, estando, com mais frequência, presente em cumulação com o pedido principal nas ações que visam reconhecer e punir a prática plagiária.

A outra obrigação se volta para a edição da obra, seja ela literária, artística ou científica, que, uma vez realizada sem autorização do titular, gerará a apreensão de todos os exemplares em favor do autor originário, além do pagamento do valor daqueles que já foram vendidos, e, uma vez desconhecida essa quantidade, presumir-se-á o número de três mil exemplares. Nesse ponto, a lei visa tolher a fraude, pois, se assim não fosse definido, os resultados para o agente seriam os mesmos que no caso em que houvesse autorização do titular para a edição, qual seja, o de pagamento ao autor dos lucros, e isso acabaria servindo de incentivo ao delito. Assim, “a consequência do ato vedado não pode ser a mesma do ato permitido”.¹⁵⁵

O artigo 104 traz o instituto da responsabilidade solidária, que será imputada àquele que vende, expõe à venda, oculta, adquire, distribui, tem em depósito ou utiliza obra ou fonograma reproduzido com fraude, com a finalidade de obter ganho, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, devendo estes responderem junto ao contrafator e nos termos das penalidades descritas acima para o caso de edição fraudulenta. Sendo a reprodução no exterior, também responderão o importador e o distribuidor. Como o plágio é uma modalidade de contrafação mais insidiosa, conforme já salientado, verifica-se que este artigo também se aplicará na resolução da demanda que venha a ser proposta pelo autor plagiado.

Ademais, haverá responsabilidade solidária dos diretores, proprietários, gerentes, empresários ou arrendatários do estabelecimento no qual houve espetáculo ou audição pública com violação aos direitos autorais, conforme determina o artigo 110.¹⁵⁶

No caso de transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e de comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações

¹⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Direito Autoral e Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo5.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

¹⁵⁶ “Art. 110. Pela violação de direitos autorais nos espetáculos e audições públicas, realizados nos locais ou estabelecimentos a que alude o art. 68, seus proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários respondem solidariamente com os organizadores dos espetáculos.” (Brasil, **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.)

ou de fonogramas, que sejam realizadas mediante violação aos direitos de seus titulares, deverão estas serem suspensas de imediato, cabendo, ainda, multa diária pelo descumprimento dessa determinação, sem prejuízo à indenização e às demais sanções aplicáveis, inclusive penais. E, sendo o infrator reincidente, a multa deverá ser aplicada em dobro.

Poderá a sentença condenatória determinar, também, que sejam destruídos todos os exemplares ilícitos da obra, bem como os elementos e os equipamentos utilizados na prática da ilicitude, e esses últimos, caso tenham outras finalidades, que não apenas ilícitas, poderão, tão somente, ser perdidos, ao invés de destruídos, situação essa que não exime o infrator de responder por perdas e danos, nunca inferiores aos valores definidos para o caso de fraude na edição. Essa disposição legislativa também irá atingir aquele que alterar, suprimir, modificar ou inutilizar os dispositivos técnicos introduzidos nos exemplares para evitar ou restringir a cópia, os sinais codificados que visem restringir a comunicação ao público e também evitar cópia e as informações sobre gestão de direitos. Do mesmo modo, arcarão com essa obrigação aqueles que, sabendo que as informações sobre gestão de direitos, os sinais codificados e os dispositivos técnicos foram suprimidos ou alterados sem a autorização, ainda assim distribuam, comunicarem, emitirem ou puserem à disposição do público tais obras fraudulentas.

Por fim, no caso de execução pública de obras que violem os direitos autorais, haverá incidência de multa que corresponderá a vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago.¹⁵⁷

Por essa interpretação de lei, se verifica que a maioria dos danos patrimoniais decorrerá da edição, reprodução ou exposição da obra sem autorização, além da contrafação e do plágio.¹⁵⁸ Esses danos irão culminar no direito à indenização em favor do autor fraudado, esta que poderá comportar valores a título de danos emergentes e/ou lucros cessantes, havendo, ainda, a aplicação dessas obrigações acessórias, que não excluem a multa e as demais penalidades cabíveis, e cujo emprego dependerá de análise casuística.

¹⁵⁷ “Art. 109. A execução pública feita em desacordo com os arts. 68, 97, 98 e 99 desta Lei sujeitará os responsáveis a multa de vinte vezes o valor que deveria ser originariamente pago.” (Brasil, **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.)

¹⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Direito Autoral e Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo5.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

De logo, a disposição do artigo 102 da LDA/98, que trata da apreensão dos exemplares ilícitos, por seu caráter genérico, será amplamente aplicado no caso do plágio, e poderá ser pleiteada por ação cautelar ou por meio de pedido de tutela antecipada, tendo, no primeiro caso, que ser realizada perícia antes da concessão da medida acautelatória, por dois profissionais tecnicamente qualificados, para confirmação da violação, conforme estabelecido no artigo 842, §3º do Código de Processo Civil.^{159 160}

Além desse, o artigo 103, que trata da edição fraudulenta, define o cálculo do valor devido a título de dano material, e é referenciado nos demais artigos analisados, de modo que se depreende sua importância como critério para quantificação da indenização devida, a título de dano patrimonial, pela prática do plágio, esta que terá caráter reparatório para o autor originário e punitivo para o infrator.¹⁶¹ Na prática, os tribunais se valem dessa norma para a definição do valor da condenação, o que se passará a ver a seguir.

Por fim, a ação que vise reconhecer a violação ao direito patrimonial de autor, e, conseqüentemente, a aplicação da responsabilidade civil, cominada na indenização, embora tenha sido revogado o artigo que tratava da prescrição na lei específica (LDA), terá prazo prescricional de três anos, a contar da data da violação. Para essa conclusão, vale-se do artigo 206, §3º, V do CC/02.¹⁶² No caso de outras ações, que não de natureza cível indenizatória, o prazo poderá ser de cinco ou dez anos, de acordo como defina a jurisprudência.¹⁶³

¹⁵⁹ “Art. 842. O mandado será cumprido por dois oficiais de justiça, um dos quais o lerá ao morador, intimando-o a abrir as portas. § 3º Tratando-se de direito autoral ou direito conexo do artista, intérprete ou executante, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, o juiz designará, para acompanharem os oficiais de justiça, dois peritos aos quais incumbirá confirmar a ocorrência da violação antes de ser efetivada a apreensão.” (BRASIL. **Lei 5.869**, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.)

¹⁶⁰ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direito de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 178 – 184.

¹⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Direito Autoral e Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo5.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

¹⁶² “Art. 206. Prescreve: §3º Em três anos: V – a pretensão de reparação civil.” (BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 mai. 2015.)

¹⁶³ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Op. cit.*, 2002, p. 186 – 187 *et seq.*

4.2.1 Atuação dos Tribunais

A começar pelo caso tratado no capítulo anterior, onde restou configurada a prática do plágio, em que litigavam as emissoras de televisão Record e SBT, tendo a segunda usurpado quadro televisivo de autoria da primeira. O pedido da autora era que em sede de liminar se determinasse que a ré parasse de veicular o quadro plagiário, sob pena de aplicação de multa, e que houvesse ainda a condenação ao pagamento de indenização pelos danos patrimoniais e morais gerados pela prática.

Nesse sentido, argumentou o douto juiz que, pela violação de direitos autorais, cabia tanto o reconhecimento da obrigação de não fazer, como a aplicação da responsabilidade civil, razão pela qual determinou que a parte ré suspendesse a exibição do quadro, em qualquer de suas programações televisivas, e definiu a responsabilidade civil extracontratual dela.

Para fins de indenização patrimonial, reconheceu o magistrado a perda patrimonial gerada, com base na disputa pela audiência dos telespectadores, que poderiam facilmente ser induzidos a erro diante da tamanha semelhança entre os quadros, além de serem veiculados em horários semelhantes e, portanto, com o mesmo público alvo. Para encerrar essa questão, aduziu que o dano ao direito autoral, por presunção, decorre do mero uso indevido, da mera infração legislativa, que já havia sido configurada. Por fim, determinou que os lucros cessantes fossem aferidos por arbitramento, valendo-se do critério da extensão do dano, por não possuir nenhum meio preciso para que ele mesmo determinasse o valor naquela oportunidade.

Quanto aos danos morais, vincula-os à infração ao direito de imagem da autora, afirmando, por meio de entendimento sumulado (Súmula 227 do STJ), que a pessoa jurídica pode sofrer danos morais. E, fazendo referência às funções pedagógicas e repressivas do instituto, chama pela razoabilidade e pela proporcionalidade para fixar o valor de R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), correspondente a, aproximadamente, quinhentos salários mínimos a título de danos morais.¹⁶⁴ Decisão essa que foi mantida em sede de apelação.

¹⁶⁴ O valor da indenização por dano moral, de difícil quantificação, conforme entendimento doutrinário, deverá obedecer os princípios da equidade, baseada nas circunstâncias do caso concreto. Pela equidade, deve o juiz expressar aquilo que corresponda a uma “ideia de justiça média”, ou seja, aquela existente na comunidade, devendo fazer isso sempre de forma fundamentada, a afim de

Ora, aplicou o julgador a responsabilidade civil, por meio dos danos cabíveis, relacionando intimamente o dano moral aos direitos da personalidade, nesse caso, o direito à imagem. Não deixou também de determinar a obrigação acessória, esta que se deu nos termos do pedido pela requerente, diante da vedação legislativa ao julgamento *extra petita*, mas que não excluiu a indenização cabível.

Passado esse caso, volta-se agora para o conhecimento de outros.

O primeiro deles foi uma ação de reparação por danos patrimoniais e morais, que tramitou perante a 16ª Vara Cível da Comarca de Salvador – Bahia, sob nº 0096949-64.2006.8.05.0001, interposta por Ariston Correia Andrade Filho, em face de Manos Produções Artísticas Ltda, Gravações Artísticas Ltda, Eliomar da Silva Ferreira, Djalma Carvalho dos Santos Junior e Josimar Brandão Barbosa.¹⁶⁵

O autor afirma ser criador de obra lítero-musical, de nome “Fiel à Putaria”, a qual foi inserida em disco produzido por um dos réus, com a atribuição de falsa coautoria aos réus Djalma Carvalho e Josimar Barbosa, sem qualquer modificação na letra ou melodia da obra. E que não foi a referida obra objeto de qualquer contrato de cessão ou reprodução.

A juíza reconheceu a prática da violação ao direito autoral em detrimento da obra do requerente, partindo para a aplicação da responsabilidade. Afastou o réu Eliomar da Silva do pólo passivo da demanda, por ser este sócio e proprietário da empresa que produziu o disco, não podendo se confundir a personalidade jurídica dele com a personalidade jurídica da empresa. Responsabilizou solidariamente a Manos Produções Artísticas Ltda, sob o argumento de que ela, na posição de produtora, possui inteira responsabilidade pelo material que veicula. Tendo ocorrido o mesmo com a empresa Gravações Artísticas Ltda. Reconheceu a existência dos pressupostos da conduta, do dano e do nexos causal, com a ressalva de que o dano de ordem material foi na modalidade lucro cessantes, por o autor da ação ter deixado de conseguir vantagem econômica pelo uso de sua obra, haja vista a

demonstrar o que o motivou para chegar àquela decisão. (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao Novo Código Civil: da Responsabilidade Civil, das Preferências e Privilégios Creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 13, p. 348 – 349.)

¹⁶⁵ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Proc. nº 0096949-64.2006.8.05.0001. 16ª Vara dos Feitos de Rel. de Cons. Cív. e Comerciais da Comarca de Salvador. Requerente: Ariston Correia Andrade Filho. Requerido: Manos Produções Artísticas Ltda e outros. Juiz de direito: Maria do Carmo Tommasi Costa Caribe. Bahia. D. J. 25 set. 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01Z0622T10000&processo.foro=1>>. Acesso em 06 jun. 2015.

mesma ter sido utilizada por outrem a quem não era de direito. Não fazendo jus a danos emergentes, vez que não restou comprovado que o mesmo sofreu diminuição no seu patrimônio pela prática do ilícito autoral.

Nesses termos, condenou as duas empresas produtoras no montante de R\$15.000,00 (quinze mil reais), sendo R\$10.000,00 (dez mil reais) a título de dano moral e os R\$5.000,00 (cinco mil reais) restantes a título de danos materiais (lucros cessantes), e os réus Djalma Carvalho e Josimar Barbosa, aos quais fora atribuída socialmente a condição de autores da obra em litígio, o total de R\$22.000,00 (vinte e dois mil reais), R\$15.000,00 (quinze mil reais) voltados ao dano moral e os R\$7.000,00 (sete mil reais) restantes pelos danos materiais. Ademais, determinou a obrigação acessória, a ser cumprida pelos réus num prazo máximo quinze dias, de veiculação por três vezes consecutivas em jornal de grande veiculação no domicílio do autor, comunicando que a música que foi gravada pela banda era, em verdade, de autoria do Sr. Ariston Correia Andrade.

Mais uma vez se vislumbra a aplicação da obrigação acessória, sem detrimento das demais sanções cabíveis. Ademais, atribuiu o magistrado um *quantum* indenizatório variável de acordo com o grau de participação no ilícito, o mencionado critério utilizado pela jurisprudência brasileira, bem como pautado na razoabilidade e equidade, sendo os valores, devidos ao autor originário, expressivos, o que se coaduna com a função punitiva, coibindo os infratores a tornarem-se reincidentes na conduta, bem como com a função indireta socioeducativa, mostrando à sociedade que não restará impune a violação ao direito autoral, bem como as consequências dela serão tão graves, quanto os danos gerados.

Outro caso foi o da apelação de nº 1.0024.03.040088-1/0001, julgada pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais. Tratou-se o processo de ação de indenização proposta por Maria Teresa Fialho de Souza Campos, contra a Editora Artes Médicas Ltda e Jocelim Mastrodi Salgado.¹⁶⁶

¹⁶⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação nº 1.0024.03.040088-1/001. 9ª Câmara Cível. Apelante: Editora Artes Médicas Ltda e Jocelim Mastrodi Salgado. Apelado: Maria Teresa Fialho de Souza Campos. Relator: Pedro Bernardes. Julgado em 28 jan. 2014. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10024030400881001&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&si tuacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=10024030400881001&select=2>. Acesso em: 06 jun. 2015.

A autora diz ter tomado conhecimento da edição de um livro de odontogeriatria, no qual constava um capítulo assinado pela ré Jocelem, este que continha reproduções literais de várias passagens de uma dissertação de mestrado de sua autoria. Não tendo ela autorizado a utilização, nem tendo seu nome sido citado nas referências bibliográficas, arguiu ter sofrido lesão ao seu direito de autora. Requerendo, portanto, a procedência da ação com indenização por perdas e danos.

O juiz de primeiro grau, apesar de ter entendido, com base no laudo pericial e nas demais provas colacionadas aos autos, que houve, de fato, violação ao direito autoral pela prática de plágio, não entendeu pela existência do dano material, mesmo tendo a autora carreado aos autos prova de comercialização da obra, com a indicação, inclusive, do valor pelo qual era a mesma vendida no mercado literário. Quanto aos danos morais, fixou um valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais), devido solidariamente pelas rés. Determinando como obrigação acessória a retirada de circulação dos exemplares fraudulentos, além da publicação em jornal de grande circulação no domicílio da autora, por três vezes consecutivas, da identidade do autor originário.

Em grau de apelação, restou confirmada a responsabilidade solidária da editora, haja vista, embora exista no contrato de edição cláusula que a exime de responsabilidade referente à originalidade da obra, esta só possui efeito entre as partes, não podendo ser oposta a terceiros. Ademais, é incontestável que a ré se beneficiou economicamente da comercialização do livro por ela editado, mais uma das razões pela quais não pode a responsabilidade solidária ser afastada.

Uma vez configurada a lesão, haverá o dever de indenizar. Nesse caso, foram providos os danos morais, presumidos pela infração à lei, por terem sido lesados os direitos de honra e moral da autora, ao ter sua obra indevidamente reproduzida e comercializada. Quanto à quantificação, aduz o desembargador relator que esta deverá exprimir, por meio de seu valor, a função punitiva e compensatória, desde que não gere o enriquecimento sem causa, mas que também não seja irrisório. Com base nisso, reduziu o valor fixado pelo juízo *a quo* de R\$15.000,00 (quinze mil reais), para R\$10.000,00 (dez mil reais), por entender ser o primeiro acima do razoável, o que fez com base nos critérios da situação econômica dos envolvidos e a extensão do dano.

Fora reformada a sentença com relação aos danos materiais, entendendo ser cabíveis, e devidos no valor equivalente a 50% (cinquenta por cento) do montante que seria destinado a Jocene, não podendo se valer integralmente do disposto no artigo 103 da LDA, haja vista a totalidade do livro não ser correspondente unicamente ao capítulo plagiário, além de ser facilmente conhecido o total de exemplares vendidos.

Quanto à obrigação acessória, foi esta substituída, por entender, acertadamente, o relator que estaria em jogo os direitos autorais dos demais autores que integravam à obra, não podendo estes serem prejudicados. Motivo pelo qual reformou a decisão, ordenando a inclusão de erratas nos exemplares ainda não comercializados, com a manutenção da publicação da identidade em jornal.

Desse modo, mais uma vez se recaiu no problema da quantificação do dano moral, pela falta de expressão econômica dele no mundo dos fatos. A redução do valor devido foi devidamente motivada pelo magistrado, com base na razoabilidade. Além disso, vislumbrou-se a aplicação da obrigação acessória em conjunto com a indenização. Quanto aos danos patrimoniais, valeu-se do estipulado pelo artigo basilar da quantificação aqui, por vezes, já referenciado.

Sobre os valores a título de danos morais, com base nos três casos expostos, os dois últimos tiveram uma maior semelhança, de modo que o primeiro daria a impressão de ser vultuoso e desproporcional se com eles comparado. Ocorre que a diferenciação se deu pela extensão do dano, e até pela condição econômica dos envolvidos. No primeiro caso, o litígio envolveu duas emissoras de televisão, tendo sido a obra veiculada em todo o âmbito nacional, o que nos outros dois casos não se verificou. Assim, fica evidente que a quantificação dependerá da análise casuística, bem como cabe ao magistrado uma tarefa difícil, até mesmo para não se afastar dos demais precedentes.

Por tudo exposto, a responsabilidade civil se mostra como mecanismo adequado para compensação do dano causado ao autor plagiado e repressão ao autor plagiário, com a aplicação de indenização que englobará valores correspondentes a cada tipo de dano, diante da dupla composição do direito autoral, este que merece guarida, assim como qualquer outro direito, mas, em especial, pelo seu caráter de direito fundamental e pela nobreza de suas funções, que influenciam diretamente no desenvolvimento social, cultural e intelectual de toda sociedade.

5 CONCLUSÃO

Viu-se, portanto, que o Direito do Autor não se confunde com o Direito de Propriedade Intelectual, sendo, em verdade, um dos ramos deste. Que, no Brasil, ele é recente, tendo surgido por volta do século XIX, possuindo, atualmente, legislação específica, a LDA, e estando elencado e garantido também por vias constitucionais, junto aos direitos fundamentais.

A LDA é que define que o objeto tutelado será a obra, incluindo qualquer criação intelectual, mas desde que esta obedeça aos requisitos da originalidade e novidade. E que a proteção independerá de registro junto aos órgãos competentes, mas este funcionará como importante meio de prova em caso de litígio de natureza autoral. Define também o titular do direito, o autor, surgindo para ele esse direito quando do surgimento da obra, se originário, ou por transferência *mortis causa* ou *inter vivos*, no caso da autoria derivada.

Verificou-se que a legislação brasileira, em termos de direitos autorais, adota a teoria dualista, de modo que a proteção à criação intelectual é composta por dois direitos dependentes entre si, mas distintos, o direito patrimonial, ligado à exploração econômica da obra, passível de transferência a terceiros, e o direito moral do autor, que possui natureza de direito da personalidade, e visa tornar a relação entre obra e autor indissolúvel, sendo, *a priori*, inalienável, característica essa que, na prática, acaba sofrendo relativização ante a autonomia privada do autor.

Os direitos morais são perpétuos, estando os direitos patrimoniais sujeitos ao prazo de proteção de setenta anos a contar do 1º de janeiro subsequente ao ano do falecimento do autor, e esse prazo, uma vez encerrado, fará com que a obra ingresse no domínio público, momento a partir do qual ela poderá ser utilizada independente de autorização ou contraprestação. E isso configura um meio de se conciliar o direito de exclusividade do autor com o direito de acesso à informação e a promoção da cultura.

Essas garantias autorais, então, buscam incentivar o autor à produção, pois assim não seria, caso o uso de sua criação fosse ilimitada e de todos, já que não haveria que se falar na atividade criativa como meio de subsistência, sendo, portanto, um desestímulo, não podendo o mesmo se dedicar exclusivamente a essa atividade, o

que geraria um empobrecimento cultural da sociedade, fosse pela escassez de obras e/ou pela má qualidade das disponíveis. Apesar disso, não ficaram desamparados os direitos coletivos, vez que a lei prevê, por exemplo, a cópia privada, mas esta limitada a pequenos trechos, não havendo critério objetivo, no entanto, que defina tal disposição, e desde que seja realizada sem fins lucrativos, mas sim com fins de informação e desenvolvimento cultural.

Com base em tudo isso, se verificou que o plágio constitui uma modalidade de violação ao direito autoral, que pode gerar danos aos dois direitos inerentes ao autor, moral e patrimonial. Trata-se de uma figura conhecida há muito tempo, e, desde então, repudiada socialmente. Seus elementos principais são a usurpação de autoria e a dissimulação. É desnecessária a análise do elemento subjetivo, já que, uma vez praticado, gerará danos e conseqüentemente o direito do lesado à reparação.

Sua determinação não é tão simples, tamanha a subjetividade envolvida. A lei foi silente quanto a critérios de caracterização, ficando nas mãos da doutrina tal trabalho.

Pelo estudo dos critérios doutrinários pensados por Costa Netto, Hermano Duval, Eduardo Lycurgo e Silmara Juny, em conjunto com a avaliação da atuação dos tribunais, se concluiu que a análise sempre será casuística, iniciando-se pela exclusão do que não é passível de tutela pelo direito autoral, as banalidades e as ideias, por exemplo, e baseada na verificação da originalidade, na prova de acesso, na comparação entre as obras objeto do litígio e no sopesamento das semelhanças, essas últimas que serão determinantes para se verificar quanto da obra originária há na plagiária e até que ponto essa segunda subsistiria sem a primeira. Sendo as semelhanças mais determinantes que as diferenças, estará evidenciado o plágio.

Restou claro que, no final das contas, todas as teorias dos autores supracitados são utilizadas, em maior ou menor escala, mas a que teve mais destaque foi o Teste de Semelhanças, pensado por Hermano Duval, embora não se faça referência expressa a ela nos julgados, por congregar a extirpação do que constitui domínio público, voltando-se apenas para a composição peculiar dada à obra pelo autor, de onde se analisa as similitudes no seu aspecto qualitativo e quantitativo.

Por fim, verificada a conduta plagiária, caberá responsabilização civil do infrator, por meio de pagamento de indenização que deverá comportar os danos causados, sejam de ordem moral ou patrimonial, enfrentando-se, nesse caso, o problema na quantificação da parcela moral, por não serem danos mensuráveis economicamente, mas, cujo valor tem caráter recompensatório à vítima, servindo para o infrator como desestímulo à reincidência, atingindo indiretamente a sociedade, pelo seu caráter educativo. Além disso, tal reparação, em regra, virá cumulada com uma obrigação acessória prevista na LDA, que visa garantir ao máximo o direito do autor, em especial o direito à paternidade, de ter seu nome vinculado à sua obra. Restou verificada a eficácia desse instituto na tutela autoral, ainda que diante das dificuldades para tipificação da conduta, o que se depreendeu do estudo da prática jurisprudencial realizado.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direito de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

AMARANTE, Fernanda Machado. Direitos Morais do Autor e Autonomia Privada: os *Ghost-writers* e Indisponibilidade do Direito à Paternidade da Obra. *In: REQUIÃO, Maurício (coord.). Discutindo a Autonomia*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira (palestrante); OLIVEIRA, Alvaro Loureiro (moderador). Terceira Sessão Plenária: O *Fair Use* no Direito Autoral. *In: Anais do XXII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual. A Inserção da Propriedade Intelectual no Mundo Econômico*. Rio de Janeiro: ABPI, 2002.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Proc. nº 0096949-64.2006.8.05.0001. 16ª Vara dos Feitos de Rel. de Cons. Cív. e Comerciais da Comarca de Salvador. Requerente: Ariston Correia Andrade Filho. Requerido: Manos Produções Artísticas Ltda e outros. Juiz de direito: Maria do Carmo Tommasi Costa Caribe. Bahia. D. J. 25 set. 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01Z0622T10000&processo.foro=1>>. Acesso em 6 jun. 2015.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado de Propriedade Intelectual**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BRASIL. **Lei Imperial de 11 de Agosto de 1827**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-11-08-1827.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

BRASIL. **Lei Imperial de 16 de Dez. de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 26 mar. 2015.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional Constituinte, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. **Decreto-lei 2.848**, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 8 jun. 2015.

BRASIL. **Lei 5.988**, de 14 de Dezembro de 1973. Regula os direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 21 mai. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei 9.610**, de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 21 mai. 2015.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.189.692/RJ. 4ª Turma. Recorrente: Lauro César Martins Amaral Muniz. Recorrido: Eliane Egly Ganem. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília. Data de Julgamento: 21 mai. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000667611&dt_publicacao=01/07/2013>. Acesso em: 23 mai. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.423.288/PR. 3º Turma. Recorrente: João Virmond Suplicy Neto, Capital Realty Infra-estrutura Logística Ltda e outro. Recorrido: Luiz Mori Neto Ribeiro dos Santos. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília. Data de Julgamento: 10 jun. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200361367&dt_publicacao=20/06/2014>. Acesso em: 21 mai. 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 5. ed., rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. Coleção Prof. Agostinho Alvim/ coord. Renan Lotufo.

BORGES, Thiago Carvalho. Sobre o Dano Moral à Pessoa Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 11, v. 41, jan/mar 2010.

BOTELHO, Glória Braga (palestrante). Painel 6: Direito de Execução Pública Musical e as Novas Tecnologias: Ringtones, Internet. **Anais do XXV Seminário Nacional da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: ABPI, 2005.

CARDOSO, João Augusto. Direitos Autorais no Trabalho Acadêmico. **Revista Jurídica da Presidência da República**. Brasília: v. 09, n. 86, p. 58 – 86, ago./set., 2007. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/artigos/JoaoAugusto_rev86.htm#15>. Acesso em: 22 abr. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Direito Autoral e Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo5.htm>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas Sobre Plágio e Autoplágio. *In*: FARAH, Elias (coord.). **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. Nova série, ano 15, vol. 29, jan-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: direito das coisas, direito autoral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.04.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 2. Ed, rev., atual. e ampl. São Paulo: FTD, 2008.

CRIAÇÃO. *In*: Dicionário escolar de língua portuguesa/ Academia Brasileira de Letras. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao Novo Código Civil: da Responsabilidade Civil, das Preferências e Privilégios Creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 13.

DUVAL, Hermano. **Violações dos Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

FERNANDÉZ, Antonio Agúndez. **Estudio Jurídico Del Plagio Literario**. Granada: Editorial Comares, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 03.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KROKOSCZ, Marcelo. **Autoria e Plágio: Um Guia para Estudantes, Professores, Pesquisadores e Editores**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 82 – 92. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2190>>. Acesso em: 1 mai. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação nº 1.0024.03.040088-1/001. 9ª Câmara Cível. Apelante: Editora Artes Médicas Ltda e

Jocelem Mastrodi Salgado. Apelado: Maria Teresa Fialho de Souza Campos. Relator: Pedro Bernardes. Julgado em 28 jan. 2014. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10024030400881001&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=10024030400881001&select=2>. Acesso em: 06 jun. 2015.

MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Simone Lahorgue. Notas Sobre o Plágio de Obra Literária e Institutos Afins. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, ano 10, v. 39, jul/set 2009.

OBRA. In: Dicionário Houaiss de língua portuguesa. 2ª Reimpressão com alterações. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2007.

PIMENTA, Eduardo; PIMENTA, Rui Caldas. **Dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual**. 2. ed. rev., ampl. e atual. inclusive com a Lei 10.695/2003. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

POSNER, Richard A.. **The Little Book of Plagiarism**. New York: Pantheon Books, 2007.

REQUIÃO, Maurício. Inadimplemento, Dano e Responsabilidade: Estudo da Relação. In: **Teses da Faculdade Baiana de Direito**, 2013, v. 05.

RIBEIRO, Adriano Claudio Pires. **O Direito de Autor nos Programas de Televisão**. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

ROBERTO, Wilson Furtado. A Cópia Privada e Direitos Fundamentais. In: DOS SANTOS, Manoel J. Pereira (coord.). **Direito de Autor e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A Questão da Autoria e da Originalidade em Direito de Autor. In: DOS SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Contrafação e Plágio como Violações de Direito Autoral. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUR, Wilson Pinheiro (coords.). **Direito Autoral**, São Paulo: Saraiva, 2014. Série GVlaw: propriedade intelectual,

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Proc. nº 0008808-43.2011.8.26.0152. 1ª Vara Cível da Comarca de Cotia. Requerente: Wizard Brasil Livros e Consultoria LTDA. Requerido: Nagibe Rosti e Genesis School. Juiz de

direito: Seung Chul Kim. São Paulo. D. J. 22 out. 2013. Disponível em:
 <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/search.do;jsessionid=106B1A4753B4CE7A2719A59C6D4E8623.cpo6?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificacao=0008808-43.2011&foroNumeroUnificado=0152&dePesquisaNuUnificado=0008808-43.2011.8.26.0152&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em: 21 mai. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0008808-43.2011.8.26.0152. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelante: Wizard Brasil Livros e Consultoria LTDA. Apelado: Nagibe Rosti e Genesis School. Relator: Enio Zuliani. Julgado em 08 out. 2014. Disponível em:
 <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificacao=0008808-43.2011&foroNumeroUnificado=0152&dePesquisaNuUnificado=0008808-43.2011.8.26.0152&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em: 21 mai. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Proc. nº 0169148-83.2012.8.26.0100. 27ª Vara Cível da Comarca de São Paulo. Requerente: Radio e Televisão Record S/A. Requerido: Tv SBT Canal 4 de São Paulo S/A. Juiz de direito: Rogério Marrone de Castro Sampaio. São Paulo. D. J. 14 jul. 2014. Disponível em:
 <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificacao=0169148-83.2012&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=0169148-83.2012.8.26.0100&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em 22 mai. 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0169148-83.2012.8.26.0100. 5ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Tv SBT Canal 4 de São Paulo S/A. Apelado: Radio e Televisão Record S/A. Relator: Fábio Podestá. São Paulo. Julgado em 16 abr. 2015. Disponível em:
 <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificacao=0169148-83.2012&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=0169148-83.2012.8.26.0100&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em: 21 mai. 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VALENTE, Décio. **O Plágio**. São Paulo: Gráfica e Editora do Lar/ABD do Interior, 1986.

WACHOWICZ, Marcos. Direitos Autorais e o Domínio Público da Informação. *In*: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). **Direito de Autor e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.