

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 10

Out / Dez 2016

Qualis B1

Doutrina Nacional / Anderson Schreiber / Carlos Nelson Konder / Luciana Dadalto / Carla Vasconcelos Carvalho / Leonardo Estevam de Assis Zanini / Simone Tassinari Cardoso / Ísis Boll de Araujo Bastos

Jurisprudência Comentada / Renata de Lima Rodrigues

Pareceres / Ruy Rosado Aguiar

Atualidade / Paulo Franco Lustosa

Resenha / Gustavo Tepedino

Vídeos e Áudios / Stefano Rodotà

NOTAS SOBRE O PLÁGIO E A CONTRAFAÇÃO

Notes on plagiarism and counterfeiting

Leonardo Estevam de Assis Zanini

Pós-doutorado em Direito Civil pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Alemanha). Doutor em Direito Civil pela USP, com estágio de doutorado na *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de direito civil, direitos intelectuais, direito do consumidor e direito ambiental.

Foi bolsista da *Max-Planck-Gesellschaft* e da CAPES. Ex-Delegado de Polícia Federal. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil. Ex-Defensor Público Federal. Ex-Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Ex-Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

Resumo

O presente artigo analisa inicialmente a ligação entre a personalidade do autor e sua obra, particularmente no que concerne ao direito de paternidade. A partir daí, procura deixar evidente a distinção entre o plágio e a contrafação, institutos que são muitas vezes confundidos pela doutrina e pelos tribunais, não obstante sua grande importância em nossa sociedade, em especial em razão do advento de novas tecnologias.

Palavras-chave

Direito de Autor; Direitos intelectuais; Direitos da personalidade; Direito moral de autor; Direito ao reconhecimento da autoria; Plágio; Contrafação.

Abstract

This article examines the connection between the author's personality and his work, particularly regarding to the right of paternity. From there, it seeks to clear the distinction between plagiarism and counterfeiting, institutes that are often confused by the doctrine and courts, despite its great importance in our society, especially due to the advent of new technologies.

Keywords

Copyright; Intellectual rights; Rights of personality; Moral rights of the author; Right of paternity; Plagiarism; Counterfeiting.

Sumário

Introdução – 1. O direito ao reconhecimento da autoria – 2. As facetas do direito ao reconhecimento da autoria – 3. Plágio – 3.1. Considerações iniciais – 3.2. Etimologia – 3.3. O plágio: conceito em construção – 3.4. Pressupostos – 3.5. Plágio: extensão e dissimulação – 3.6. Autoplágio – 4. Contrafação – 4.1. Conceituação – 4.2. Etimologia – 4.3. A distinção entre o plágio e a contrafação – 5. Considerações finais.

Introdução

O criador de uma obra normalmente quer ser reconhecido como seu autor, uma vez que a assinatura de um trabalho pode influir positivamente na forma como é

visto pela sociedade. Assim, é certo que a boa fama, eventualmente adquirida pelo autor, está diretamente ligada à qualidade da manifestação de sua personalidade inserta na própria obra.

De fato, a assinatura de um trabalho é uma forma de se fazer conhecido em seu tempo. Também permite a imortalização da personalidade, que se torna presente também na posteridade, dado que o autor continua vivo em sua obra.¹

Com efeito, mesmo antes do surgimento da legislação protetiva do autor, a ligação da obra ao nome já tinha a função de garantir ao criador uma forma de defesa contra usurpadores, que encontravam maiores dificuldades para lesar o autor de uma obra assinada. Assim procedeu, por exemplo, Michelângelo, que em 1501, ao completar sua obra Pietá, prontamente assinou seu nome.²

Nessa linha, na medida em que a proteção do autor foi evoluindo, percebeu-se que o reconhecimento da autoria consistia no ponto mais fundamental e menos contestado dessa tutela, visto que diretamente ligado ao direito geral da personalidade.³

Trata-se, então, no quadro dos direitos da personalidade do autor, do tema central da proteção dos interesses pessoais e espirituais do criador.⁴ E tanto é assim que, conforme ensina Chinellato, “não se encontrou nenhuma legislação que não o reconheça, pois é considerado um dos primeiros e mais importantes direitos morais do autor”.⁵⁻⁶ Por isso, a compreensão do direito ao reconhecimento da autoria, como veremos, é pressuposto imprescindível para o estudo do plágio e da contrafação, figuras que constituem violação da lei autoral.⁷

1. O direito ao reconhecimento da autoria

¹ SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 5 ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 184.

² SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, cit., p. 184.

³ STROWEL, Alain. *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*, Paris: LGDJ, 1993, p. 496.

⁴ DIETZ, Adolf; PEUKERT, Alexander. Vor §§ 12 ff., §§ 12-14, 42. In: SCHRICKER, Gerhard; LOEWENHEIM, Ulrich (Hrsg.). *Urheberrecht: Kommentar*, 4 ed., München: C. H. Beck, 2010, p. 871.

⁵ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*, Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 166.

⁶ No que diz respeito aos países que adotam o sistema do *copyright*, é certo que a legislação normalmente não contém normas gerais sobre o reconhecimento da paternidade. No entanto, mesmo nesses ordenamentos avessos aos direitos da personalidade do autor, há disposições que permitem inferir a existência do direito ao reconhecimento da autoria, como é o caso da obrigação de indicar a fonte (LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires: Unesco, 1993, p. 166).

⁷ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 293.

O direito ao reconhecimento da autoria protege a vinculação personalística existente entre o autor e sua obra.⁸ Encontra previsão expressa na Lei 9.610/98, a qual estabelece que o autor tem o direito moral de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra, bem como de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização da obra (art. 24, I e II).⁹

Em complemento, o art. 12 da mesma lei prevê que o autor de obra literária, artística ou científica, para se identificar como tal, poderá “usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional”.

Ao lado da Lei 9.610/98, não podemos deixar de mencionar a Convenção de Berna, que em seu art. 6 *bis*, 1, igualmente reconhece ao autor, independentemente dos direitos patrimoniais, e mesmo depois de sua cessão, o direito de reivindicar a paternidade da obra.

Nessa senda, o caráter amplo e genérico dessas disposições tem levado alguns autores a compreender a existência de distintas e diversas hipóteses no âmbito do direito ao reconhecimento da autoria, o que pode ser verificado não somente no Brasil, mas também nos ensinamentos de doutrinadores estrangeiros.

2. As facetas do direito ao reconhecimento da autoria

Em nosso país, o entendimento prevalente encontra no direito ao reconhecimento da autoria a presença de dois aspectos, um positivo e outro negativo. Sob o ponto de vista positivo (art. 24, II, da Lei 9.610/98), significa que o autor tem o direito de exigir que a obra seja publicada com a menção da designação por ele determinada, bem como que tal nome não pode ser trocado pelo de outra pessoa, modificado ou excluído.¹⁰ No que toca ao aspecto negativo, em caso de alguém se atribuir falsamente a autoria de uma obra, em detrimento de seu criador, terá este o direito de reagir contra a violação

⁸ Conforme ensina Pontes de Miranda, essa “identificação pessoal, essa ligação do agente à obra, essa relação de autoria, é o vínculo psíquico, fático, inabluível, portanto indissolúvel” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. VII, Campinas: Bookseller, 2000, p. 177). De acordo com Adriano de Cupis, a “paternidade intelectual representa um vínculo espiritual indissolúvel entre o autor e a sua obra” (CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*, trad. Afonso Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004, p. 336).

⁹ Art. 24 da Lei 9.610/98: “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”.

¹⁰ VEGA VEGA, José Antonio. *Derecho de autor*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 121.

cometida, pugnando pela ligação de seu nome à obra, em conformidade com o art. 24, I da Lei 9.610/98.

No direito alemão, a título de comparação, os ensinamentos sobre a matéria seguem, em linhas gerais, o que foi acima comentado.¹¹ É garantido ao criador de uma obra o reconhecimento da sua autoria e a liberdade de decidir qual nome utilizará para se identificar. Em caso de violação desse direito, como quando o titular do direito patrimonial altera arbitrariamente o nome do autor, a lei alemã garante ao criador o respeito ao seu direito moral, especialmente contra plagiadores.¹² Assim sendo, o criador, conforme amplamente asseverado pelos estudiosos da Alemanha, pode propor ação em defesa da paternidade de sua obra contra todos aqueles que coloquem sua autoria em discussão ou que a pretendam para si.¹³

Desse modo, à exceção do controvertido direito de contestar a paternidade (de se opor à falsa atribuição de autoria), que não será objeto de nossos estudos, as divergências existentes entre os autores se postam mais no campo didático. Portanto, o que nos interessa para o estudo do plágio e da contrafação é que o autor tem direito de ver sua autoria reconhecida, cabendo a ele determinar como seu nome se apresentará na obra, seja por meio do nome civil, de pseudônimo ou do anonimato, bem como tem direito à veiculação de pretensões que garantam o respeito ao direito de paternidade.

3. Plágio

3.1. Considerações iniciais

¹¹ Nesse ponto, para demonstrar a similaridade dos ensinamentos, traduzimos o seguinte trecho da doutrina de Manfred Rehbinder: “O reconhecimento da autoria é protegido através do direito de indicação do nome (§ 13 da UrhG), completado pela proibição de modificação (§ 38 UrhG) e pelo dever de informar a fonte (§ 63 UrhG). Os interesses do autor são protegidos através do direito de indicação do nome sob dois aspectos. Pelo primeiro, pode o autor ser reconhecido a qualquer tempo pelo seu trabalho e se defender contra usurpações, como, por exemplo, quando um terceiro se faz passar injustamente como autor de seu trabalho. Pelo segundo, tem o autor o direito de menção diante daqueles que usam seu trabalho”. Transcrevemos o original, que foi traduzido livremente: “*Die Anerkennung der Urheberschaft wird geschützt durch das Namensnennungsrecht in § 13 UrhG, ergänzt durch das Änderungsverbot des § 39 UrhG und die Pflicht zur Quellenangabe gemäß § 63 UrhG. Die Urheberinteressen werden durch das Namensnennungsrecht in zweierlei Hinsicht geschützt. Zum einen kann sich der Urheber jederzeit zu seinem Werk bekennen und gegen Übergriffe wehren, z. B. dort, wo Dritte sich zu Unrecht als Autoren seiner Werke augeben. Zum anderen hat der Autor Nennungsrechte gegenüber demjenigen, der sein Werk nutzt*” (REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*, 16 ed., München: C. H. Beck, 2010, p. 161).

¹² SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, cit., p. 186.

¹³ KROITZSCH, Hermann. §§ 11-22. In: MÖHRING, Philipp; NICOLINI, Käte (Hrsg.). *Urheberrechtsgesetz*, 2 ed., München: Vahlen, 2000, p. 260.

O plágio constitui indubitavelmente lesão a direitos da personalidade do autor, estando intimamente ligado ao direito ao reconhecimento da paternidade. Apesar do plágio ser há muito tempo tratado no Brasil, não há em nosso ordenamento jurídico um conceito ou regulamentação da matéria,¹⁴ tratando-se de terminologia e construção adotada pela doutrina e replicada na jurisprudência.¹⁵

A Lei 9.610/98 não apresenta nenhuma definição de plágio, conceitua apenas a contrafação, entendida como “a reprodução não autorizada” de uma obra (art. 5º, VII). Todavia, a contrafação não se confunde com o plágio, tema que será analisado nesse trabalho para podermos afastar eventuais equívocos que ocorrem no dia a dia. Em todo caso, aqui já podemos fazer uma distinção, pois a contrafação foi conceituada pela Lei 9.610/98, enquanto que o plágio não foi definido pelo legislador.

3.2. Etimologia

Na Antiguidade Clássica, tanto em Roma como na Grécia, era corrente o problema do plágio, mas não havia legislação específica para a proteção do autor.

A palavra que chegou ao português pelo latim (*plagium*) decorre das previsões da *Lex Fabia de Plagiariis*, do século segundo antes de Cristo. O plágio do Direito romano, entretanto, não tinha nada a ver com a acepção atual da palavra,¹⁶ pois os

¹⁴ Conforme anota Chinellato, o único ordenamento jurídico que chegou a conceituar o plágio foi o peruano, o que foi feito no art. 124 da Lei 13.714, de 01.09.1961, que dispunha: “*También infringe la ley quien comete el delito de plagio que consiste en difundir como propia, en todo o en parte, una obra ajena, sea textualmente o tratando de dissimular la apropiación mediante ciertas alteraciones*”. Todavia, tal lei foi revogada pelo Decreto Legislativo 822, de 23.04.1996, que não repetiu a conceituação (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 29, jan.-jun./2012, p. 308).

¹⁵ O mesmo ocorre, conforme notícia Waiblinger, na Alemanha, onde a lei não conceitua o plágio, existindo menção à expressão apenas na exposição de motivos do § 23 da lei autoral (UrhG). Embora não previsto na lei, o termo é encontrado em decisões judiciais, especialmente de tribunais que julgam matéria administrativa, onde sempre existem processos discutindo a perda de grau acadêmico por plágio. As decisões, entretanto, não chegam a apresentar um conceito razoável e exato do plágio, ficando a tarefa a cargo da doutrina, que, por sua vez, diante da grande quantidade e diversidade de conceitos, acaba utilizando frequentemente um conceito geral para diferentes tipos de ação. Apesar disso, mesmo não sendo possível um conceito único, pois cada autor define o plágio de sua forma, a temática é sempre objeto de estudo nos livros sobre Direito de Autor (WAIBLINGER, Julian. Zum Plagiat in der Wissenschaft. Umfang und Grenzen des urheberrechtlichen Schutzes wissenschaftlicher Schriftwerke. *Archiv für Urheber- und Medienrecht*, Bern, 2011/II, pp. 325-328). A ausência de previsão legal também é notada por SCHACK, o qual destaca que o plágio se trata de denominação usual para o furto intelectual (SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, cit., p. 143).

¹⁶ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio, cit., p. 306.

romanos, sob o nome de *plagium*, puniam “a escravização de homem livre, bem como a compra e venda ou assenhoreamento de escravo alheio”.¹⁷

Todavia, a expressão sofreu desvio histórico, atribuído ao poeta Marco Valério Marcial (42-104 d.C.), que comparou suas epigramas a escravos libertos, os quais estariam nas mãos de um sequestrador de nome Fidentino (*plagiarius*).¹⁸

Marcial escreveu em suas epigramas (Epigrama 30, Livro I): “Segundo consta, Fidentino, tu lês os meus trabalhos ao povo como se fossem teus. Se queres que os digam meus, mandar-te-ei de graça os meus poemas; se quiseres que os digam teus, compra-os, para que deixem de ser meus”. E na quinta Epigrama asseverou ainda Marcial: “Quem busca a fama por meio de poesias alheias, que lê como suas, deve comprar não o livro, mas o silêncio do autor”.¹⁹

De qualquer forma, foi somente no período da Renascença que a palavra plágio veio a ter sua acepção atual, quando os “jurisconsultos Duareno e Tomásio concluíram que o plágio era punido pela *Lex Fabia de Plagiariis*, entendimento que foi seguido por autores modernos, o qual, no entanto, baseou-se em erro”.²⁰

3.3. O plágio: conceito em construção

O plágio é um instituto jurídico cuja conceituação ainda se encontra em construção, mas, em linhas gerais, fala-se na falsa atribuição da criação de uma obra ou de parte dela, em evidentemente ofensa ao direito de paternidade do autor plagiado.²¹ O plagiador tem como objetivo primordial a obtenção de fama e reconhecimento, o que é muitas vezes alcançado com a indevida atribuição de produções alheias, que são afastadas da personalidade de seu verdadeiro criador e lamentavelmente ligadas ao plagiador.

A conduta muitas vezes tem fundamento na falta de condições desse verdadeiro “ladrão intelectual” de criar alguma obra digna de deferência. Não faltam outros, entretanto, que apesar de dotados de inteligência e talento, simplesmente por

¹⁷ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*, 4 ed., vol. 6, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 198.

¹⁸ REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*, cit., p. 7.

¹⁹ ROCHA, Daniel. *Direito de autor*, São Paulo: Irmãos Vitale, 2001, p. 15.

²⁰ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio, cit., p. 306.

²¹ O plágio é sem dúvida um tema muito polêmico, havendo até mesmo aqueles que são mais tolerantes, especialmente no domínio da literatura. Diante disso, não poderíamos deixar de citar no presente trabalho, para reflexão, as palavras de Giraudoux: “*Le plagiat est à l’origine de toutes les littératures, à l’exception de la première, qui d’ailleurs est inconnue*” (LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3 ed., Paris: Litec, 2006, p. 242).

preguiça ou visando ao reconhecimento ou lucro fácil, “não hesitam recorrer ao mesmo expediente”.²² Porém, independentemente dos motivos que levam ao cometimento desse ilícito, o fato é que nossa legislação, como já foi mencionado, não apresenta um conceito do plágio, o que é digno de aplausos e tem levado a doutrina se debruçar sobre o tema.

A despeito da sua importância, até o momento a matéria ainda não foi suficientemente desenvolvida. É imprescindível que a doutrina cumpra sua função, precisando a significação do plágio, o que sabidamente não é tarefa fácil, ainda mais se considerarmos a existência de inúmeras espécies de obras protegidas pelo Direito de Autor.

Entretantes, não faltam definições para o termo, entendendo-se, de modo geral, como o fez Otávio Afonso, que plagiador é aquele que apresenta uma imitação ou cópia literal da obra de outrem como sendo de sua autoria.²³

Nessa mesma linha leciona Antônio Chaves, asseverando que no plágio há a apresentação de “trabalho alheio como próprio, mediante o aproveitamento disfarçado, mascarado, diluído, oblíquo, de frases, ideias, personagens, situações, roteiros e demais elementos das criações alheias”.²⁴

Não é diferente a definição de Schack, que vê o plágio como a apropriação, com ou sem alteração, de todo um trabalho protegido pela lei autoral ou de parte dele, com a usurpação de sua autoria.²⁵

Carlos Aberto Bittar também examina a matéria, definindo o plágio como a “imitação servil ou fraudulenta de obra alheia, mesmo quando dissimulada por artifício,

²² CHAVES, Antônio. Plágio. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 20, n. 77, jan.-mar./1983, p. 404.

²³ AFONSO, Otávio. *Direito autoral: conceitos essenciais*. Barueri: Manole, 2009, p. 121.

²⁴ CHAVES, Antônio. Plágio, cit., p. 406.

²⁵ SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, cit., p. 143. Transcrevemos o original: “*Das Plagiat ist die unveränderte oder veränderte Übernahme eines urheberrechtlich geschützten Werkes oder Werkteiles unter Anmaßung der Urheberschaft*”.

Um pouco diversa é a definição de Rehbindler, que traduzimos livremente: “Em sentido estritamente jurídico entende-se como plágio somente a apropriação de trabalhos, ou parte de trabalhos, protegidos pelo direito autoral, seja ele não alterado ou com modificação cuja distância do original não alcance a livre utilização, além da omissão da informação de fonte junto à citação permitida. Transcrevemos o original: “*Im engeren juristischen Sinne versteht man darunter nur die Übernahme von urheberrechtlich geschützten Werken oder Werkteilen, sei sie unverändert oder in einer Umarbeitung, deren Abstand vom Original nicht die freie Benutzung erreicht, ferner die Unterlassung der Quellenangabe bei an sich erlaubten Zitaten*”. O professor esclarece ainda que em razão das diferentes compreensões do fenômeno, entendeu melhor o legislador alemão não colocar na lei um conceito de plágio (REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*, cit., p. 156).

Ulmer, por outro lado, apresenta uma definição mais sintética do plágio, que consistiria simplesmente na “utilização de uma obra protegida ou de parte da mesma com usurpação da autoria”. Vejamos o original, que traduzimos livremente: “*Plagiat im Rechtssinn ist demnach die Benutzung eines geschützten Werkes oder Von Teilen desselben unter Anmaßung der Urheberschaft*” (ULMER, Eugen. *Urheber- und Verlagsrecht*, 3 ed., Berlin: Springer, 1980, p. 274).

que, no entanto, não elide o intuito malicioso”. Afasta do conceito o aproveitamento remoto ou fluido, isto é, de pequeno vulto.²⁶

Digno de nota é igualmente o ponto de vista de Villalba e Lipszyc, que considera como plágio a apropriação de todos ou de alguns elementos originais da obra de outro autor, apresentado-os como próprios.²⁷

Por conseguinte, dos conceitos apresentados, vê-se que há no plágio, em linhas gerais, a negação da relação de paternidade existente entre uma determinada obra e seu autor. O plagiador ignora que determinada obra foi criada por outrem, apoderando-se integralmente ou de partes essenciais da obra. Seja como for, em que pese a existência de semelhanças entre as definições apresentadas, é certo que, em uma análise mais acurada, podemos constatar divergências bastante significativas, o que ficará mais evidente a seguir, com o estudo dos pressupostos do plágio.

3.4 Pressupostos

No plágio o que está em jogo é a própria personalidade do autor, que é diretamente atingida pelo plagiador. Ofende-se fundamentalmente o direito de paternidade ao se afastar a obra do seu verdadeiro autor. A conduta também pode lesionar outros direitos dessa mesma natureza (chamados de direitos morais do autor), como é o caso do direito à integridade (art. 24, IV da Lei 9.610/98), quando há alterações na obra, bem como do direito ao inédito (art. 24, III da Lei 9.610/98), se a obra ainda não tinha sido publicada.²⁸

Apesar de colidir diretamente com os direitos da personalidade do autor, o plágio pode ainda prejudicar de forma indireta a utilização econômica da obra, pois é possível a concorrência entre as obras, que poderia muito bem diminuir as vendas da obra plagiada.

Dessa maneira, ao plagiar uma obra, é certo que o autor da conduta ilícita pode se beneficiar de eventuais proveitos econômicos decorrentes da utilização da obra.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 48-49.

²⁷ LIPSZYC, Delia; VILLALBA, Carlos Alberto. *Derecho de autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 495.

²⁸ Nessa mesma linha ensinam Carlos Alberto Villalba e Delia Lipszyc: “*el plagio importa no solo la reproducción o la comunicación pública total o parcial de una obra ajena sino también una lesión a su integridad y a su paternidad*” (LIPSZYC, Delia; VILLALBA, Carlos Alberto. *Derecho de autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 495).

Entretanto, o pressuposto fundamental do plágio é a obtenção pelo plagiador de vantagens de ordem não patrimonial, tais como a fama, o reconhecimento e o prestígio, agregando valores à sua personalidade, em desrespeito ao direito de paternidade de outrem.

Deve-se ainda acrescentar que para a ocorrência do plágio é necessária a violação dos direitos do autor, o que somente ocorrerá quando estivermos diante de uma obra protegida. Pois bem, como nem toda obra do espírito é protegida pelo Direito de Autor, deve-se então compreender que somente poderá haver a prática de plágio quando a obra plagiada for protegida pela lei autoral.²⁹ Assim sendo, as produções intelectuais mencionadas no rol do art. 8º da Lei 9.610/98, como não são objeto de proteção como direitos autorais, não podem conduzir à prática de plágio.

Outrossim, mister se faz que haja o aproveitamento das ideias que constituem a essência, o cerne, a espinha dorsal da obra plagiada. A configuração do plágio, dessa forma, somente vai ocorrer com “a absorção do núcleo de representatividade da obra, ou seja, daquilo que a individualiza e corresponde à emanção do intelecto do autor”.³⁰

Nunca é demais lembrar, entretanto, que as ideias fazem parte do acervo cultural da humanidade, não pertencem com exclusividade a nenhuma pessoa, não havendo que se falar no seu monopólio (art. 8º, I da Lei 9.610/98). Por isso, para podermos admitir a ocorrência de plágio, é igualmente indispensável que as ideias atribuídas indevidamente ao plagiador façam parte de obra alheia, tenham sido expressas em trabalho de outrem.³¹ Nesse sentido, conforme esclarece Fragoso, “o plagiário usurpa a criação alheia, não a ideia, não o tema, mas o modo como foram estes tratados, ou seja, usurpa o modo de expressão de tal ideia, de tal ou qual tema”.³²

Vale ainda destacar que não configura o ilícito o mero aproveitamento de fontes comuns, de modo que não se pode, sem uma análise mais aprofundada do caso concreto, dizer que houve plágio pelo simples fato das fontes bibliográficas utilizadas nas obras serem as mesmas. Igualmente, não conduzem ao plágio a simples ocorrência de

²⁹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio, cit., p. 310.

³⁰ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio, cit., p. 317.

³¹ VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés. *Cuándo el plagio es delito?* Dissertação de mestrado. Palermo: Universidade de Palermo, 2013, pp. 64-65.

³² FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral*, cit., São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 296.

identidade temática e a similitude ou equivalência de ideias e pensamentos.³³ Para a configuração do plágio é necessário mais do que referidas coincidências.

Ademais, não se pode esquecer que a proteção concedida ao autor, inclusive contra casos de plágio, independe da existência de um registro da obra e de sua autoria. Tal registro é meramente facultativo em nosso ordenamento jurídico (art. 18 da Lei 9.610/98),³⁴ podendo ser afastado por prova em contrário, o que lhe dá a natureza de uma presunção meramente relativa de autoria (*iuris tantum*). Apesar disso, o registro anterior da obra pelo verdadeiro autor constitui uma prova bastante significativa, que não pode ser desprezada.³⁵

Por derradeiro, parece-nos que a dissimulação não é elemento essencial para a configuração do plágio, pois se assim não fosse, o plágio grosseiro, a cópia literal, não constituiria o ilícito, haja vista a ausência do “mascaramento”. Assim sendo, apesar do plagiador normalmente procurar camuflar, dissimular, mascarar ou disfarçar sua conduta ilícita, entendemos que tal conduta não constitui pressuposto para a caracterização do plágio.

3.5. Plágio: extensão e dissimulação

No que diz respeito à extensão, a obra alheia pode ser plagiada total ou parcialmente. O plágio parcial é o mais comum, visto que a prova em juízo de plágio integral é muito mais fácil do que aquela do plágio parcial. De fato, como não há critérios objetivos que possam ser aplicados para a caracterização do plágio, é sempre necessária a avaliação pelo magistrado de cada caso concreto, o que é muito mais simples quando uma obra foi integralmente plagiada.

³³ E aqui vale citar a obra prima de literatura alemã, Fausto, de Goethe, que é baseada em lendas e em obras anteriores (FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral*, cit., p. 263).

³⁴ Art. 18 da Lei 9.610/98: “A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”.

³⁵ Ainda no que toca à questão da autoria e do registro da obra, vale lembrar que o art. 18 da Lei 5.988/73 previa que as dúvidas levantadas quando da realização do registro poderiam ser submetidas a decisão do Conselho Nacional de Direito Autoral. A Lei 9.610/98, contudo, não repetiu a referida disposição, abolindo o procedimento de suscitação de dúvida. Não obstante a inexistência do procedimento, a temática chegou a ser analisada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região em um caso em que a Fundação Biblioteca Nacional se deparou com o registro de uma obra literária que teve sua autoria questionada por terceiro. A despeito do problema atinente à autoria da obra, em face da ausência de previsão legal, o processo foi extinto sem julgamento de mérito, ao argumento de que o Judiciário não é órgão de consulta. A decisão de primeiro grau foi majoritariamente referendada em segunda instância (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível 200151010198066/RJ. Relatora: Desembargadora Federal Liliane Roriz. Rio de Janeiro, julg. 28.4.2009, p. 159).

Ao lado da extensão do plágio, ou seja, parcial ou total, também podemos apontar a existência do plágio sutil e do plágio grosseiro. No plágio sutil o trabalho de análise do magistrado é bem mais difícil, podendo-se valer até mesmo do auxílio de peritos, uma vez que o plagiador modifica habilmente a obra nova, alterando sua composição e expressão, atingindo amplo sucesso na dissimulação de sua conduta. Nessa situação, o plagiador pode até mesmo restar sem reprovação jurídica, já que o julgamento dependerá bastante dos conhecimentos e das habilidades do perito em seu ramo de atividade. Contudo, mesmo que não haja sanção jurídica, a conduta não deixa de ser moralmente reprovável.³⁶

O plágio grosseiro, por seu turno, normalmente consiste na cópia *ipsis litteris* de um trabalho alheio, com a substituição do nome do seu verdadeiro autor, mas também admite a tentativa de dissimulação. A dissimulação no plágio grosseiro é conduta usual, pois o plagiador, como já destacamos, tenta se passar por autor do trabalho, procurando enganar tanto seu verdadeiro autor como toda a sociedade.³⁷⁻³⁸ Todavia, a tentativa de dissimulação não é exitosa, visto que a falta de talento do plagiador permite facilmente a constatação da prática do ilícito. O plágio grosseiro é então identificado pela simples e superficial comparação entre as obras.

Aliás, na tentativa de dissimular sua conduta, muitas vezes o plagiador invoca o nome do plagiado no trabalho, fazendo agradecimentos ou prestando homenagens.³⁹ Também é bastante comum a citação da obra plagiada na bibliografia, o que certamente não afasta o ato ilícito, pois o que interessa para a sua configuração é o conteúdo, a natureza do trecho plagiado e não a quantidade de empréstimos tomados ou o que foi pesquisado.⁴⁰ E quanto ao tema, Antônio Chaves é extremamente esclarecedor:

³⁶ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral*, cit., p. 300.

³⁷ MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 86.

³⁸ Villalba Dias, em função da tentativa ou não de se acobertar o plágio, classifica-o em duas modalidades: plágio servil e plágio inteligente. A cópia literal ou quase literal do trabalho é chamada de plágio servil, enquanto que a cópia dissimulada, mas que mantém a essência da obra original, é nominada plágio inteligente (VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés. *Cuándo el plagio es delito?*, cit., p. 23-24).

³⁹ VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés. *Cuándo el plagio es delito?*, cit., p. 49.

⁴⁰ Acerca da obra musical, seguindo a linha da ausência de um critério objetivo para a definição do plágio, não há que se falar em um mínimo de notas ou compassos necessários para a caracterização do plágio. É totalmente equivocado e sem amparo legal o “mito dos oito compassos”. Por conseguinte, para que não haja injustiças, somente é possível a verificação da ocorrência desta conduta ilícita em cada caso concreto, uma vez que “não existe qualquer regra aritmética para detectar o plágio musical” (MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*, cit., p. 90). E não é outro o entendimento de Villalba Dias, o qual deixa claro que a configuração do ilícito não depende da quantidade do material utilizado, mas sim se foi utilizada a essência da obra alheia. O autor argentino ainda cita um trecho de uma decisão proferida em 1976 pela Suprema Corte da Província de Buenos Aires, que transcrevemos: “*la mayor o menor proporción de la utilización del*

Pode ocorrer, com efeito, que o plágio não tenha tomado senão um pequeno número de passagens, mas que estas, principalmente em se tratando de uma obra filosófica ou científica, sejam exatamente as que dão à obra seu caráter de originalidade própria, que são como a medula. Ora, neste caso, pouco importaria a quantidade dos empréstimos; é a sua qualidade, a sua natureza, que é preciso levar em conta.⁴¹

Daí pode ser extraído que a apropriação deve dizer respeito à essência ou substância da obra plagiada. Não basta, desse modo, a reprodução de trechos ou de fragmentos nos quais não se possa reconhecer a substância, as partes orgânicas da obra plagiada, pois tal conduta não será suficiente para a configuração do plágio.⁴² Por outro lado, partindo da necessidade de reprodução da essência de outra obra, é certo que o plágio não demanda a identidade das formas de expressão, admitindo-se sua ocorrência mesma na adaptação de uma obra de um gênero para outro, como é o caso da obra literária que é transformada em obra audiovisual.⁴³

Outrossim, é interessante notar que existem muitos casos de plágio em que não há grande preocupação com a dissimulação da conduta. Infelizmente isso tem ocorrido com frequência nas universidades brasileiras (muito comum em trabalhos de conclusão de curso de graduação), onde muitos estudantes simplesmente copiam da internet trabalhos alheios, apenas substituindo o nome do autor. São casos de plágio total e grosseiro, que muitas vezes passam despercebidos, mas não podem ser desprezados, uma vez que graus acadêmicos são concedidos àqueles que agiram com total desonestidade intelectual.⁴⁴ Nessas situações, é cabível não somente a perda da titulação pretendida, mas também o acionamento do responsável nas esferas cível e criminal.

Aliás, diante do problema supra, vale abrir um pequeno parêntese a seguir para tecer alguns comentários sobre outro tema muito discutido no ambiente acadêmico, o chamado autoplágio.

*material ajeno en la obra propia no es una cuestión substancial; lo que importa es si de la comparación puede establecerse la similitud y por lo tanto, el origen de lo supuestamente plagiado” (VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés. *Cuándo el plagio es delito?*, cit., p. 24).*

⁴¹ CHAVES, Antônio. Plágio, cit., p. 407.

⁴² CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio, cit., p. 314.

⁴³ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral*, cit., p. 299.

⁴⁴ Acerca do plágio em ambiente acadêmico é ainda interessante notar que as instituições de ensino normalmente proíbem tal conduta em códigos de ética ou de boas práticas. Esse é o caso, por exemplo, do art. 83 das Normas Acadêmicas da Universidade de Palermo, que sanciona com expulsão o aluno que tenha incorrido em fraude, desonestidade acadêmica, plágio ou cópia (VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés. *Cuándo el plagio es delito?*, cit., p. 67).

3.6. Autoplágio

Ainda dentro da temática do plágio, não poderíamos deixar de apresentar esta breve nota acerca do chamado autoplágio, que não encontra previsão ou conceituação em nosso Direito positivo. Fala-se muito na vedação do autoplágio, especialmente em ambiente acadêmico, mencionando-se usualmente que um autor não pode utilizar trechos de textos que escreveu em obra posterior.

Nas palavras de Rehbinder, o autoplágio ocorre quando um autor utiliza em uma criação posterior, um trabalho, ou parte dele, já apresentado anteriormente. Contudo, tal prática somente pode representar lesão a direitos autorais quando há obrigação contratual que vede tal conduta,⁴⁵ o que pode ocorrer na assinatura de um contrato de edição. Assim sendo, se um autor não se obrigou contratualmente, não há que se falar em autoplágio, ficando livre para reproduzir posteriormente sua obra, em parte ou na totalidade, quantas vezes quiser.

De qualquer maneira, não nos parece adequada a terminologia utilizada, pois o autoplágio não pode sequer ser considerado como uma espécie de plágio, haja vista que, como foi visto, o plágio pressupõe violação do direito de paternidade do autor, não sendo concebível que um criador viole seu próprio direito.

Por outro lado, apesar de não se tratar de modalidade de plágio, é importante lembrar que usualmente, para a concessão de titulação acadêmica, exige-se a apresentação de um trabalho inédito. Nesses casos, até mesmo em função da vinculação às normas da instituição de ensino, a apresentação de obra já levada ao público anteriormente não vai ocasionar lesão à legislação autoral, mas não permitirá a concessão da titulação pretendida, tendo em vista o exigido pela instituição de ensino.

Pois bem, traçadas as linhas gerais do que se compreende por plágio, figura que é considerada por muitos autores como a mais grave lesão aos direitos do autor,⁴⁶ passamos agora à contrafação, que por se tratar de figura correlata, não poderia deixar de ser tratada nesse trabalho.

4. Contrafação

4.1. Conceituação

⁴⁵ REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*, cit., p. 156.

⁴⁶ VILLALBA DÍAZ, Federico Andrés. *Cuándo el plagio es delito?*, cit., p. 32.

A contrafação é a reprodução não autorizada de uma obra, entendendo-se por reprodução “a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido” (art. 5º, VI e VII, da Lei 9.610/98).

Como se pode notar da definição legal, a conduta do contrafator, ao reproduzir sem autorização uma obra, não tem como objetivo a lesão a direitos da personalidade do autor, como é o caso do direito de paternidade. Não há preocupação do contrafator em esconder a paternidade de uma obra para poder atribuí-la a si mesmo, pois o que usualmente ocorre é que o contrafator indica corretamente a autoria da obra, mas prejudica o autor no que diz respeito ao aproveitamento econômico. Assim, a contrafação está ligada essencialmente aos aspectos patrimoniais, pois retira indevidamente da obra “os proventos econômicos que de direito caberiam ao autor”.⁴⁷⁻⁴⁸

Realmente, na contrafação existe a publicação ou a reprodução, de forma abusiva, de trabalho alheio. Não há que se falar no consentimento do autor para a realização do ato do contrafator e, por isso, não tem nenhuma relevância a forma extrínseca, o destino, ou a finalidade da conduta violadora.⁴⁹

Referido ato ilícito configura, é bom notar, violação não somente ao direito de autor, mas também aos direitos que lhe são conexos (ou vizinhos), encontrando sancionamento tanto pela legislação civil como criminal (art. 184 do Código Penal).⁵⁰

Desta forma, em linhas gerais, entende-se que quando uma pessoa desfruta ilicitamente de uma obra alheia, normalmente sem afastar o direito de paternidade de seu autor, estamos diante de contrafação.⁵¹ Por conseguinte, a contrafação consiste na reprodução ilícita da obra, integral ou parcial, através de qualquer meio tangível, visando à violação dos direitos econômicos decorrentes da obra.

⁴⁷ CHAVES, Antônio. Plágio, cit., p. 406.

⁴⁸ Sobre o tema, bastante clara é a lição de Otávio Afonso: “O plágio consiste em apresentar como própria a obra intelectual produzida por outra pessoa”, enquanto que a “contrafação equivale a reproduzir uma obra, sem autorização, independente do meio utilizado. Neste caso, ela atenta contra a individualidade da obra alheia, visando obter ilicitamente vantagem econômica. O contrafator não pretende ser reconhecido como autor da obra contrafeita” (AFONSO, Otávio. *Direito autoral*, cit., p. 121).

⁴⁹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio, cit., p. 314.

⁵⁰ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral*, cit., p. 294.

⁵¹ GUTIERREZ, Bianca Manuela. *La tutela del diritto di autore*, 2 ed., Milano: Giuffrè, 2008, pp. 87-88.

4.2. Etimologia

A palavra contrafação decorre do aportuguesamento da palavra francesa “*contrefaçon*”, que em seu sentido original significa apenas falsificação. Como nem toda violação a direito autoral constitui uma falsificação, sua utilização pela lei autoral se distanciou do seu sentido original no idioma francês, já que nosso Direito considera a contrafação simplesmente como a reprodução não autorizada.⁵²

De qualquer forma, apesar das críticas da doutrina e do desuso da expressão em legislações estrangeiras, trata-se da terminologia adotada pela Lei 9.610/98.

4.3. A distinção entre o plágio e a contrafação

A distinção entre o plágio e a contrafação se torna bastante complicada na medida em que nem sempre há na contrafação a menção ao nome, pseudônimo ou sinal convencional adotado pelo autor, o que configura, além da violação a direitos patrimoniais, também a ofensa ao direito de paternidade.

Igualmente, existe contrafação e desrespeito ao direito ao inédito (art. 24, III, da Lei 9.610/98) nos casos em que uma obra ainda não publicada é levada ao público, sem o consentimento do seu autor, por um contrafator. Isso é muito comum em lançamentos de obras cinematográficas, quando, mesmo antes do lançamento do filme nos cinemas, já é possível a compra de um exemplar “pirata”.

Os problemas para a identificação das duas formas de violação dos direitos de autor são, então, evidentes, pois é certo que a contrafação pode atingir, ao mesmo tempo, direitos da personalidade do autor e a utilização econômica da obra. O mesmo também pode ocorrer com o plágio, que pode lesionar simultaneamente o aproveitamento econômico da obra e os direitos da personalidade de seu verdadeiro autor. Ademais, a ofensa a outros direitos da personalidade do autor, da mesma forma, não ajuda na distinção, pois tanto no plágio como na contrafação é cabível, por exemplo, o desrespeito ao direito ao inédito e à integridade.

No que toca à extensão, a contrafação pode decorrer de reprodução total ou parcial da obra, acontecendo o mesmo no plágio, uma vez que o plagiador pode ter se utilizado total ou parcialmente da obra alheia.

⁵² FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral*, cit., p. 294.

O terreno é, sem nenhuma dúvida, bastante movediço, porém, deve-se notar que no plágio sempre haverá a lesão a direitos da personalidade do autor, especificamente o direito à paternidade, bem como haverá a apresentação de conteúdo de obra alheia como se fosse própria. Assim, pode-se dizer que o plágio não ocorre apenas em virtude da reprodução de uma obra, “mas porque os créditos não foram atribuídos ao responsável original”⁵³ e ainda são conferidos ao plagiador.

Na contrafação, por seu turno, é necessária a ocorrência de violação ao monopólio de aproveitamento econômico da obra, sendo apenas eventual o desrespeito aos direitos morais do autor. Na contrafação não é imprescindível a atribuição de obra alheia ao contrafator, pois esse elemento é essencial somente no plágio.

Com isso, para que ocorra o plágio, é fundamental que exista a atribuição de uma obra alheia como própria, não sendo suficiente apenas a lesão ao direito de paternidade do autor, uma vez que isso pode suceder também em casos de contrafação. E a mesma distinção é feita por Chinellato, valendo aqui a transcrição dos seus ensinamentos:

Separando-se as figuras em causa, observa-se que no plágio a obra alheia é simplesmente apresentada pelo imitador como própria ou sob graus diferentes de dissimulação. Há absorção de elementos fundamentais da estrutura da obra, atentando-se, pois, contra a personalidade do autor (frustração da paternidade). Na contrafação, há representação ou reprodução da obra alheia sem autorização autoral, podendo ser total ou parcial. Incluindo-se, em seu âmbito, a derivação sem consentimento (a adaptação, ou a tradução, ou a variação do tema), eis que sempre se visa a aproveitamento econômico indevido da obra (atentando contra o aspecto patrimonial, ou contra a obra em si).⁵⁴

Dessa maneira, se a reprodução parcial ou total de obra de outrem não vier acompanhada da imprescindível atribuição ilegítima de autoria, mas tão somente da ausência do reconhecimento da autoria pela não indicação do nome, pseudônimo ou sinal indicativo, então estaremos diante de caso de contrafação e não de plágio. Em todo caso, no plágio sempre haverá violação a direitos da personalidade do autor e a apresentação de trabalho alheio como se fosse próprio. Na contrafação, por outro lado, necessariamente haverá violação a direitos patrimoniais do autor, mas nem sempre haverá lesão a direitos da personalidade do autor.

⁵³ KROKOSZ, Marcelo. *Autoria e plágio*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 11.

⁵⁴ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio, cit., p. 314.

5. Considerações finais

No presente artigo procuramos deixar evidente a distinção entre o plágio e a contrafação, institutos que são muitas vezes confundidos pela doutrina e pelos tribunais. Nessa senda, observamos, em um primeiro momento, que a contrafação foi conceituada pela Lei 9.610/98, enquanto que o plágio não foi definido pelo legislador, dependendo dos trabalhos doutrinários para que se chegue a sua conceituação.

Demonstramos que no plágio sempre haverá a lesão ao direito à paternidade, sendo apenas acessório o eventual prejuízo aos aspectos patrimoniais do autor. No plágio há então a negação da relação de paternidade existente entre uma determinada obra e seu autor. Na contrafação, por seu turno, a reprodução de uma obra vai necessariamente levar à violação do monopólio de aproveitamento econômico, sendo apenas eventual o desrespeito aos direitos morais do autor.

Deixamos claro que para a configuração do plágio é necessário que o trecho apropriado constitua a essência, o cerne, a espinha dorsal da obra plagiada. Assim, não basta a reprodução de trechos ou de fragmentos nos quais não se possa reconhecer a substância da obra plagiada. Além disso, enfatizamos que não há que se falar em plágio nas hipóteses de mero aproveitamento de fontes comuns, de simples ocorrência de identidade temática e de similitude ou equivalência de ideias e pensamentos.

Por fim, destacamos que a dissimulação não é elemento essencial para a configuração do plágio. De fato, mesmo a cópia literal, sem “mascaramento”, na qual há apenas a substituição do nome do autor pelo nome de um terceiro, conforme o caso concreto, vai configurar plágio e não contrafação.

Recebido em 15/09/2016

1º parecer em 30/09/2016

2º parecer em 25/11/2016