

A TUTELA AUTORAL DA OBRA INTELECTUAL FORENSE

JORGE SHIGUEMITSU FUJITA¹

DENISE SOUZA AMORIM²

RESUMO: A obra intelectual forense consiste em toda produção realizada no exercício da advocacia, podendo ser apresentada na forma de petição inicial ou recurso. O direito do autor tem o objetivo de proteger toda produção literária, assegurando a função social e o desenvolvimento cultural da sociedade. A Lei de Direitos Autorais prevê um rol de obras que são protegidas por esse sistema. A proteção é concedida às obras que possuem como elementos a originalidade e a criatividade. No exercício da advocacia as obras intelectuais produzidas possuem característica utilitária, narram os fatos e são construídas com reprodução de doutrina ou jurisprudência. Atualmente o ordenamento jurídico apenas concederia tutela autoral, em caráter excepcional, diante de uma peça construída com elementos de obra literária. A cópia não autorizada de obra intelectual forense, apesar de ferir o direito de paternidade do criador, não é tutelado pelo direito do autor e ensejaria mera infração ética disciplinar. Para tal será utilizada a pesquisa bibliográfica que será realizada através do levantamento de livros, artigos científicos, teses, dissertações, textos obtidos através da *internet* e demais fontes documentais disponíveis. Nesta linha segue

¹Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Civil dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação *lato sensu* do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Professor do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL (PR). Professor do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* da Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Professor do Curso de Bioética e Biodireito do Hospital do Coração – HCor (São Paulo). Parecerista, consultor jurídico e advogado. Rua Brasil Ferreira Martins, 142, casa 22, Jardim Itapeva, São Paulo, estado de São Paulo, CEP 04674-060. E-mail: jorge.fujita@fmu.br Fone: +55 11 99919.7115 CV: <http://lattes.cnpq.br/5202705522000286>. <https://orcid.org/0000-0002-0354-8974>.

²Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (São Paulo). Integrante do Grupo de Trabalho e Pesquisa em Direito de Família, Grupos Sociais e Informação (Cnpq), coordenado pelo Professor Doutor Jorge Shiguemitsu Fujita. Advogada. Rua Peixoto Gomide, 379, apto. 904, Jardim Paulista, São Paulo, estado de São Paulo, CEP 01409-001. E-mail: denisesouzaamorim@gmail.com Fone: +55 11 98988.4962. CV: <http://lattes.cnpq.br/9647972985715553>.

a pesquisa documental jurídica, entretanto direcionada para o levantamento da legislação, doutrina e jurisprudência existentes para, através da compilação de informações e posicionamentos doutrinários, elucidar o tema proposto.

PALAVRAS-CHAVE: direito do autor. obra intelectual. sociedade da informação

THE AUTHORAL PROTECTION OF FORENSIC INTELLECTUAL WORK

ABSTRACT: The forensic intellectual work consists of any production performed in the practice of law and can be presented in the form of an initial petition or appeal. The author's right is to protect all literary production, ensuring the social function and cultural development of society. The Copyright Law provides for a list of works that are protected by this system. The protection is granted to works that have as elements originality and creativity. In the practice of advocacy the intellectual works produced have a utilitarian characteristic, narrate the facts and are constructed with reproduction of doctrine or jurisprudence. Currently, the legal system would only grant authoritarian protection in exceptional circumstances, in front of a piece constructed with elements of literary work. Unauthorized copying of forensic intellectual work, despite injuring the creator's right of paternity, is not protected by copyright and would result in mere disciplinary ethical infraction. For this will be used the bibliographic research that will be carried out through the collection of books, scientific articles, theses, dissertations, texts obtained through the internet and other documentary sources available. In this line follows the documentary legal research, however directed to the survey of existing legislation, doctrine and jurisprudence to, through the compilation of information and doctrinal positions, elucidate the proposed theme.

KEYWORDS: copyright. intellectual property. information Society.

INTRODUÇÃO

O Direito Autoral, ou Direito do Autor, corresponde a um direito fundamental, previsto no artigo 5º, XXVII, da Carta Magna, que assegura ao autor o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras. Esse direito possui caráter personalíssimo, e a doutrina pátria o subdivide em dois aspectos: o moral, indisponível e o relacionado aos direitos da

personalidade, e o patrimonial. O exercício da advocacia está intimamente relacionado ao desenvolvimento dos direitos autorais.

Na sociedade em rede, ou sociedade da informação, o ponto modal é a informação, que adquiriu valor de mercado sendo facilmente compartilhada pelos diferentes meios de comunicação. Dessa forma, a originalidade, o segredo, a novidade são características cada vez mais raras e difíceis de serem alcançadas. Vivemos em um momento em que as discussões acadêmicas mergulham sob o conceito de sigilo e privacidade, aduzindo que diante de tanta exposição seria necessário quebrar paradigmas, haja vista que tais institutos seriam utópicos.

A tutela autoral visa ao equilíbrio entre o criador, que objetiva exercer os direitos já reconhecidos e o reconhecimento da autoria sobre a obra e o público que almeja o acesso amplo e irrestrito às criações, com o objetivo maior de contribuir e estimular a atividade criativa³.

O desafio no Direito Autoral na atualidade consiste na proteção das obras intelectuais, preservando o interesse público, de modo a resguardar o desenvolvimento cultural da sociedade, conforme os ensinamentos de José Carlos da Costa Netto⁴. Nessa celeuma a presente pesquisa debruça-se sobre a possibilidade de tutela autoral da obra intelectual criada pelo advogado no exercício profissional. Para tal será utilizada a pesquisa bibliográfica que será realizada através do levantamento de livros, artigos científicos, teses, dissertações, textos obtidos através da *internet* e demais fontes documentais disponíveis. Nesta linha segue a pesquisa documental jurídica, entretanto direcionada para o levantamento da legislação, doutrina e jurisprudência existentes para, através da compilação de informações e posicionamentos doutrinários, elucidar o tema proposto.

³ Tradução livre de: Cabe recordar que en el entorno analógico, el derecho de autor se estructuró buscando mantener un cierto equilibrio entre los autores (que quieren ejercer plenamente los derechos que la ley les reconoce sobre sus obras) y el público (que desea acceder con la mayor amplitud a las creaciones), con el objetivo de contribuir y fomentar la actividad creativa. BARRENECHEA, Alejo. **Acerca de la Responsabilidad por las Infracciones al Derecho de Autor En Internet**. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-2014.pdf. Acesso em 21 mai 2019.

⁴ COSTA NETTO, José Carlos. Direito Autoral no Brasil. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.p.86.

Na primeira parte da pesquisa descrevemos a evolução histórica dos direitos autorais no ordenamento jurídico pátrio, seguindo para uma breve descrição das principais características de segmento do Direito. A segunda parte consiste em descrever os elementos das obras que conferem proteção autoral a uma obra, visto que através da identificação desses elementos na obra intelectual forense lhe confeririam proteção. Por fim, na terceira parte debruçamo-nos sobre o estudo da advocacia, observando os elementos de produção da obra intelectual forense, objetivando responder a seguinte pergunta: o advogado é autor de obra intelectual? Para tal trazemos um acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que se tornou referência na doutrina autoralista em que no mérito discutia-se a possibilidade de plágio de petição inicial.

1 TUTELA AUTORAL DA OBRA INTELECTUAL

A obra intelectual corresponde ao objeto do direito de autor, trata-se de uma criação do espírito, expressa em qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro⁵. Para que receba proteção legal é necessário preencher requisitos, dos quais José Carlos Costa Neto destaca: 1) pertencer ao domínio das letras, das artes ou das ciências; 2) ter originalidade; 3) achar-se no período de proteção pela lei.⁶ O sistema legislativo adotado pelo Brasil nas relações autorais é subjetivo, ou seja, ele se estabelece no autor a proteção, recai sobre o criador da obra, diferente do sistema anglo-americano em que o objeto de proteção é a obra.⁷

⁵ BRASIL. **Lei 9610**, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 25 mai 2019.

⁶ COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.p.159.

⁷ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; PEDROSO, Luana. A Formatação Jurídico-Normativa dos Direitos Autorais. In: MORAES, Rodrigo (Coordenador). **Estudos de Direito Autoral em homenagem a José Carlos Costa Netto**. Salvador, BA: EDUFBA, 2017. p. 227.

Dessa forma, nem toda criação está protegida pelo direito do autor. A Convenção de Berna prevê um rol exemplificativo das obras que deverão receber a proteção legal, que foi recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio e disposto no artigo 7 da Lei 9.610/1998:

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.

zx§ 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.

O enquadramento das obras protegidas demonstrou-se uma atividade complexa, contudo necessária para delimitar os direitos. Elaine Y. Abrão ressalta que “a obra reconhecida juridicamente como autoral confere a seu titular verdadeiro monopólio de direito real oponível *erga omnes*, um escudo contra qualquer apropriação indevida desse direito por terceiro”⁸

Nesse sentido, Chinellato afirma que o Direito Autoral é o “ramo do direito privado com autonomia científica, que tutela as criações intelectuais (...) abrangendo direito morais, ligados à personalidade do autor, e direitos patrimoniais relativos à exploração econômica da obra”.⁹ O caráter do direito de autor é híbrido, composto de direitos morais com natureza jurídica de direitos da personalidade (inalienáveis, incessíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e intransmissíveis) e de direitos patrimoniais (alienáveis, cessíveis, prescritíveis, penhoráveis, transmissíveis).

Há uma teoria minoritária que denomina três tipos de direitos autorais: direito autoral de personalidade, direito autoral de nomeação e direito autoral de exploração, onde os primeiros são relacionados aos direitos morais e o terceiro ao direito patrimonial, que poderão separadamente ser negociados com base nessa dicotomia.¹⁰

Na definição de Bittar “os direitos autorais são aqueles referentes às relações entre as pessoas e as coisas (bens) imateriais que criam e trazem à

⁸ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 95.

⁹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos fundamentais para a proteção autoral de obras literárias In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Orgs.). **Direito da arte**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 297.

¹⁰ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; PEDROSO, Luana. A Formatação Jurídico-Normativa dos Direitos Autorais. In: MORAES, Rodrigo (Coordenador). **Estudos de Direito Autoral em homenagem a José Carlos Costa Netto**. Salvador, BA: EDUFBA, 2017. p. 230.

lume, vale dizer, entre os homens e o produto do seu intelecto, expressos sob determinadas formas, como expressões do espírito criativo humano”.¹¹ Entretanto, não será qualquer criação que estará sujeita à proteção jurídica.

2 ELEMENTOS DE PROTEÇÃO DA OBRA

Uma obra para estar sob a égide da proteção autoral precisa estar estruturada em dois elementos fundamentais: a originalidade e a criatividade. É fundamental que ambos os elementos estejam presentes de maneira clara e cristalina na obra a ser protegida.

No que concerne à originalidade, Ascensão destaca que na tarefa da criação seja impressa a contribuição do espírito: “a obra não pode se resumir a um trabalho de dedução ou arrumação de dados preexistentes”.¹² Segundo Bittar, a originalidade é componente individualizador que torna a obra única e inconfundível com outra preexistente.¹³

Elaine Abrão assevera que há limites na proteção ao direito autoral, visto que a lei não requisita a originalidade como condição de proteção legal, deixando esta ao resultado tangível de uma criação:

“basta que uma obra passível de proteção legal seja criada e publicada para que seja protegida contra cópias não autorizadas. Esse o sentido da proteção: não um monopólio sobre a criação abstratamente consideradas, mas um privilégio, uma exclusividade, na reprodução do suporte, ou na utilização pública da obra”.¹⁴

¹¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Autor**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 3

¹² ASCENSAO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 1997, p. 62.

¹³ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Autor**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 46.

¹⁴ ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 95.

Na convenção de Berna, no capítulo 2º, relativo à proteção das obras literárias e artísticas (aqui incluem-se as obras científicas) elencou-se em rol exemplificativo das obras que seriam tuteladas pelo direito autoral.¹⁵ Nas palavras de José Carlos da Costa Netto nesse rol “deverão estar contidas todas as ‘criações de espírito’ ou criações intelectuais sem que qualquer especificação – em relações externas ou não – represente exclusão de qualquer manifestação intelectual, de natureza literária ou artística, que contenha o requisito da originalidade”.¹⁶

A criatividade, nas palavras de Luciano Andrade Pinheiro, é o requisito em que sem dúvida surge o divisor entre o quase nada e a proteção da legislação autoral¹⁷, ou seja, escrever repetindo a realidade não é ato capaz de produzir uma obra intelectual, mas é um esforço intelectual que destaca a individualidade do autor:

“o direito autoral não cria monopólio sobre temas e ideias. Esse nobre ramo da ciência jurídica é dedicado a estabelecer direitos de natureza moral e patrimonial, que incidem sobre uma forma de expressão original e criativa, mas não permitem ao autor o estabelecimento de um escudo intransponível que envolva a obra e impeça qualquer outra pessoa de usá-la dentro dos limites legais. Afinal, o fundamento primordial de existência do direito do autor não é individual, mas coletivo: protege-se o criador intelectual em benefício da ampliação da cultura”.

Nesse sentido, Pinheiro assevera que um ato mecânico de repetição não pode ser enquadrado como obra intelectual protegida pelo direito autoral por faltar-lhe um esforço de criador mínimo exigível¹⁸.

¹⁵ BRASIL. **Decreto 7.669**, de 06 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 set. 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 25 mai 2019.

¹⁶ COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 193.

¹⁷ PINHEIRO, Luciano Andrade. Reflexões sobre o Plágio. In: MORAES, Rodrigo (Coordenador). **Estudos de Direito Autoral em homenagem a José Carlos Costa Netto**. Salvador, BA: EDUFBA, 2017, p. 247.

¹⁸ PINHEIRO, Luciano Andrade. Reflexões sobre o Plágio. In: MORAES, Rodrigo (Coordenador). **Estudos de Direito Autoral em homenagem a José Carlos Costa Netto**. Salvador, BA: EDUFBA, 2017.p.248.

Identificar o elemento criativo da obra não consiste em estudo do mérito do autor ou valoração da obra, isso deverá ser realizado pela crítica especializada e pelo público. Afirma Lipszyc que não se deve valer de juízo estético para avaliar se a obra é ou não protegida pelo direito autoral, o critério deverá ser tão somente conter originalidade e criatividade¹⁹.

3 AUTOR DE OBRA INTELECTUAL?

O termo advogado possui origem latina, *advocatus*, que corresponde à união entre *ad* e *vocare* (falar por), contudo a palavra ganhou força posteriormente no vocábulo romano.²⁰ Bittar define a função do advogado como de mensageiro e representante jurídico da vontade dos cidadãos que, em sede de atividade judicial, representa intermediando uma pretensão frente às instituições as quais se dirige ou perante as quais postula; e em atividade extrajudicial, aconselha, assessora e previne:²¹

É certo que todo advogado atua como um agente parcial, mas não se deve desconsiderar o fato de que, quando exercente de uma pretensão legítima, é também um garante da efetividade do sistema jurídico e de seus mandamentos nucleares.

Dinamarco destaca que a parcialidade institucional do advogado na defesa judicial de seu cliente se opõe à imparcialidade do juiz, promovendo o perfeito equilíbrio institucional.²²

¹⁹ LIPSZYC, Delia. **Derechos de Autor y Derechos Conexos**. Paris: Unesco; Cerlalc; Zavalia, 2001. p.66.

²⁰ NALINI, José Renato. A Ética nas Profissões Jurídicas. In: FARAH, Elias. **Ética do Advogado**, 2000, p.30-32.

²¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.433.

²² DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p.241.

Apenas na Constituição Federal de 1988 que a advocacia adquiriu caráter institucional constitucional, no capítulo IV do Título IV – “da organização dos poderes”, entre as funções essenciais à Justiça, dispondo no artigo 133 que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”²³. Nas palavras de Bittar: “alçar a esfera constitucional a advocacia, e defini-la como atividade essencial à justiça, é conferir a máxima autoridade normativa a essa atividade jurídico-postulatória”²⁴.

A natureza jurídica da advocacia, nas palavras de Dinamarco, “é uma atividade privada que os advogados são profissionais liberais e que se prendem aos clientes pelo vínculo contratual do mandato, combinado com locação de serviço”²⁵. Imprescindível para o exercício profissional a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, OAB.

O advogado desenvolve atividade profissional predominantemente intelectual, que busca a justiça por narrativa de fatos, interpretação de textos legais, disposições, sendo indispensável para administração da justiça por procedimentos específicos do seu exercício profissional.²⁶ A atuação do advogado poderá ocorrer por meio de prestação de serviço, diretamente pelo cliente, ou por vínculo empregatício nos moldes da Consolidação das Leis Trabalhistas.

No Estatuto da Advocacia estão dispostos os atos privativos da advocacia na esfera judicial (postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais) e no âmbito extrajudicial (as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas)²⁷. Na presente pesquisa concentrar-nos-emos nos atos

²³ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mai 2019.

²⁴BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.p.434.

²⁵ DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p.243.

²⁶ BRASIL. **Lei nº8.906**, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 jul. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm. Acesso em: 25 mai 2019.

²⁷ BRASIL. **Lei nº8.906**, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 jul. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm. Acesso em: 25 mai 2019.

judiciais no que concerne à elaboração de petição inicial, recursos e teses jurídicas.

A propositura de uma ação demanda uma provocação do Estado para obtenção de uma tutela, pelo que Marcelo Abelha conceitua sinteticamente a ação como “poder de estimular o estado à entrega jurisdicional” e analiticamente como “toda e qualquer provocação que a parte interessada faça ao Estado no deslinde da causa”²⁸. Já os recursos são definidos como remédio voluntário, por depender sempre da atuação da parte, previsto em lei, que prolonga a existência do processo com o objetivo de reformar, invalidar, integrar ou esclarecer uma decisão judicial proferida no curso do processo judicial.²⁹

Para o desenvolvimento de uma peça processual, seja uma petição inicial, seja um recurso, exige-se a narrativa dos fatos e a combinação de doutrina e jurisprudência que se consubstanciam nas teses. No Código de Processo Civil estão os requisitos necessários para o desenvolvimento das peças processuais. Marcelo Abelha esclarece que, através da análise dos incisos do artigo 319 da referida norma, a petição inicial pode ser subdividida em “a) introdução; b) narração; c) petitório e d) complementos”.³⁰

A transcrição de fatos, bem como de jurisprudência esvazia a peça exordial ou recursal de originalidade, no entendimento de Ascensão: “todas as vezes que a expressão for vinculada como modo de manifestação da realidade, falta-lhe a criatividade, e não, há, portanto, obra literária ou artística”.³¹ Ascensão classifica a petição inicial como uma obra de caráter utilitário, vazia de função literária ou artística.³²

Contra-pondo-se ao entendimento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro da teoria dualista (patrimonial e moral), Goffredo Telles Junior defende o direito do autor como expressão de direito da personalidade:

²⁸ ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2016, p.105.

²⁹ ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2016, p. 139.

³⁰ ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2016, p. 467.

³¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 1997, p. 50.

³² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 1997, p. 61.

“expressão de um pensamento, a obra intelectual, assim exteriorizada, é a manifestação própria de quem teve o pensamento, e o revelou. É obra própria do manifestante. E, por ser obra própria, ela é propriedade de seu autor”.³³

Zanini explica que a obra intelectual é coisa própria de seu autor, parte da sua personalidade, dessa forma, uma vez produzida a obra, seu autor não tem como se desvencilhar dela.³⁴ Nessa visão constitucionalista e dos direitos da personalidade o criador adquire protagonismo:

“somente com a releitura do Direito do Autor à luz da Constituição federal, em especial considerando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, é que se permitirá uma interpretação das disposições da Lei n. 9610/98 que volte os olhos para o ser humano. O autor deve então ser tratado, em virtude de sua dignidade, como protagonista da tutela desses direitos e não como coadjuvante”³⁵

Essa linha doutrinária assegura a proteção do principal direito moral do autor, o direito à paternidade autoral, que consiste no direito de ser identificado como autor da obra por toda a eternidade.

O arcabouço legislativo que tutela o direito autoral emergiu sob influência pós-moderna, predominando a concepção patrimonialista de proteção, onde Zanini destaca a ampla regulamentação dos direitos patrimoniais do autor e o tímido tratamento dispensado aos direitos da personalidade.³⁶ Sob esse prisma não é possível tutelar os direitos das obras forenses, já que estes decorrem do exercício de uma atividade sem fins lucrativos (advocacia).

Admitir a tutela autoral para as obras forenses implicaria em reconhecer o direito patrimonialista diante da reprodução da obra ou aceitar a limitação da

³³ TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 300.

³⁴ Além disso outro ponto que demonstra a representação da personalidade do autor na obra é o fato de que uma ofensa à obra pode significar uma ofensa ao próprio autor. ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 157.

³⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173.

³⁶ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 172.

divulgação da obra. Ocorre que o advogado autor na possibilidade de exercer esses direitos limitaria o equilíbrio processual por exemplo, restringindo o exercício do princípio da publicidade dos atos processuais.

O Superior Tribunal de Justiça corrobora com esse entendimento, e, em 2002 proferiu acórdão sobre lide que versava sobre plágio de uma petição inicial. No voto, o relator Ministro Ruy Rosado, fundamentando-se na doutrina autoralista, não reconheceu o recurso, justificando que a petição inicial, pelo seu caráter utilitário, não poderia ser protegida pelo direito autoral:

As duas petições iniciais em confronto descrevem a realidade do fato, indicando as circunstâncias em que aconteceu o evento causador do dano que se pretendia reparar naquelas ações de indenização, e nisso elas são diferentes; reproduzem lições da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto, e aqui são substancialmente iguais. Mas nessas duas partes, são ambas manifestações a respeito de uma realidade. Ensina Ascensão: "Todas as vezes que a expressão for vinculada como modo de manifestação da realidade, falta-lhe a criatividade, e não, há, portanto, obra literária ou artística" (op. cit. p. 40). O fato foi praticado no exercício de uma atividade profissional e, assim, com propósito nitidamente utilitário, hipótese em que se restringe a possibilidade de reconhecimento da criação literária, pois o redator está preso aos fatos, à doutrina e à jurisprudência, do que faz simples relato, seja porque elaborou a própria pesquisa, seja porque a encontrou feita por outrem, em livros, bancos de dados, revistas e outras fontes de informação hoje tão divulgadas. "A presunção de qualidade criativa cessa quando se demonstrar que foi o objeto que se impôs ao autor, que afinal nada criou... pois na obra de destinação utilitária temos antes de mais essa função, e não uma função literária ou artística. Nenhum motivo há para deixar automaticamente essas obras transpor o limiar do direito de autor. Só o poderão fazer se como resultado de uma apreciação se concluir que, além do seu caráter utilitário, têm ainda um mérito particular que justifica que as consideremos também obras literárias" (Ascensão, p. 51 e 60). (...) O mesmo decorre dos princípios, como acima ficou resumidamente exposto: não basta a existência do texto, é indispensável que se constitua em obra literária. Nesse ponto, o Egrégio Tribunal examinou os fatos e concluiu de modo contrário, daí que a revisão do tema significaria violar a Súmula 7/STJ. (...) Posto isso, não conheço. É o voto ³⁷

Atualmente cópias ou reprodução não autorizada de petições forenses não gozam de proteção do direito autoral, porém incorrem em infração ética

³⁷ STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp. 351358 DF 2001/0110946-6. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ:04/06/2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=414024&numero_registro=200101109466&data=20020916&tipo=51&formato=PDF Acesso em 02 maio de 2019.

disciplinar conforme previsto no artigo 34, V, do Estatuto da Advocacia e disposto no parecer do TED de São Paulo:

E-3.137/2005 – EMENTA Nº 3 – PETIÇÕES FORENSES - REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL - DIREITOS AUTORAIS – INEXISTÊNCIA - INFRAÇÃO ÉTICA - POSSIBILIDADE, EM TESE. As petições forenses não gozam da proteção do direito autoral, segundo entendimento do TED-I. A reprodução desautorizada, contudo, de peças forenses pode, mercê das circunstâncias a serem analisadas em cada caso, caracterizar a infração ético-disciplinar prevista no art. 34, inciso V, do EAOAB, sempre que reiterada. Possibilidade de afronta, ademais, dos “princípios éticos basilares do viver honesto, do não lesar ao próximo e de dar a cada um o que é seu”, conforme ementa constante do proc. E-3.075/04 - v.u., em 18/11/04, do parecer e ementa do rel. Dr. Luiz Francisco Torquato Avólio - rev. Dr. Luiz Antônio Gambelli - presidente Dr. João Teixeira Grande. V.U., em 14/04/2005, do parecer e ementa do Rel. Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI – Rev.^a. Dr.^a. MARIA DO CARMO WHITAKER – Presidente Dr. JOÃO TEIXEIRA GRANDE.³⁸

A classe de advogados representa a instrumentalização da justiça e para tal é necessário que os integrantes da classe zelem pelos preceitos éticos, para o prestígio da categoria. Eduardo Bianca Bittar afirma:

Não há lugar para individualismos, sobretudo na atualidade, pois o raciocínio do advogado deve se medir pelas necessidades sociais e pelas condições do exercício da cidadania no país. Esse é o primeiro compromisso ético do profissional que se dedica à advocacia, que é, a um só tempo, um compromisso para com a classe, para com os demais profissionais, para com o cliente e para com a sociedade³⁹.

CONCLUSÃO

O exercício da advocacia demanda intensa produção de obras intelectuais que preceituam exteriorização de pensamentos, criações do espírito, que

³⁸ Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/pareceres/E313705>. Acesso em 02 maio de 2019.

³⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 446.

adquirem materialidade quando expostos em uma petição inicial, ou em um recurso. Contudo, o mero desenvolvimento de uma peça forense não é o suficiente para que este seja tutelado pelos direitos autorais. A obra intelectual precisa conter elementos essenciais para que alcance o *status* de criação literária e, dessa forma, obter a tutela legal.

Os elementos necessários para uma obra ser protegida pelo direito autoral são a originalidade (característica que torna a obra peculiar, identificando-a) e a criatividade (é o detalhe que o autor acrescenta à realidade). Da junção dessas duas características nascerá a obra intelectual protegida pelo direito autoral. No direito autoral pátrio são protegidos os direitos patrimoniais e morais do criador. Ocorre que os direitos morais estão relacionados aos direitos da personalidade e figuram com menor proteção na legislação vigente.

O exercício da advocacia possui o *munus* de ser uma atividade sem fins lucrativos, não possibilita auferir lucro, sendo assim, na remota possibilidade de conceder a tutela autoral as obras forenses, permitir-se-ia a exploração comercial e econômica das obras produzidas, causando um conflito e um problema de como remunerar o direito patrimonial de obra produzida sem caráter lucrativo.

Entretanto, uma obra intelectual forense, quando desenvolvida com primor, propicia o sucesso nas lides. Ignorar a paternidade da tese e reproduzir como se fosse de outrem feririam direitos personalíssimos do advogado autor, podendo, inclusive, limitar o seu desenvolvimento intelectual.

Em uma sociedade informacional, em rede, em que o acesso à informação está simplificado por um clique na *Internet*, expõe-se a vulnerabilidade de todos aqueles que desenvolvem trabalho intelectual, visto que sua obra pode ser copiada e sua autoria simplesmente ignorada. Culturalmente não é hábito que os advogados citem ou referenciem os colegas de profissão em suas obras intelectuais, atitude que seria ética e não encontraria objeção ou limitação formal no desenvolvimento de uma peça processual.

Corroboramos com posicionamento adotado pelo legislador que não permite a tutela de toda obra intelectual forense produzida pelo exercício da advocacia, pois estas não estão contempladas no rol do artigo 7º da Lei de Direitos Autorais. Para obter a devida proteção jurídica de obra intelectual forense, em caráter excepcional faz-se necessário comprovar os elementos que a justifiquem como criação literária.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2016.

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; PEDROSO, Luana. A Formatação Jurídico-Normativa dos Direitos Autorais. In: MORAES, Rodrigo (Coordenador). **Estudos de Direito Autoral em homenagem a José Carlos Costa Netto**. Salvador, BA: EDUFBA, 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 1997.

BARRENECHEA, Alejo. Acerca de la Responsabilidad por las Infracciones al Derecho de Autor En Internet. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_juridica/rjba-2014.pdf. Acesso em 21 mai 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Autor**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Ética Jurídica: ética geral e profissional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 mai 2019.

BRASIL. **Decreto 7.669**, de 06 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 set. 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 25 mai 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.906**, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 jul. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm. Acesso em: 25 mai 2019.

BRASIL. **Lei 9610**, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 25 mai 2019.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 8.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, v. 1.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos fundamentais para a proteção autoral de obras literárias, artísticas e científicas. Peculiaridades da obra de artes plásticas. In MAMEDE, Gladston; FRANÇA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Orgs.). **Direito da arte**. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

LIPSZYC, Delia. **Derechos de Autor y Derechos Conexos**. Paris: Unesco; Cerlalc; Zavalía, 2001.

NALINI, José Renato. **A Ética nas Profissões Jurídicas**. In: FARAH, Elias. **Ética do Advogado**. 2000.

PINHEIRO, Luciano Andrade. Reflexões sobre o Plágio. In: MORAES, Rodrigo (Coordenador). **Estudos de Direito Autoral em homenagem a José Carlos Costa Netto**. Salvador, BA: EDUFBA, 2017.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 351358 DF 2001/0110946-6. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. DJ:04/06/2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=414024&num_registro=200101109466&data=20020916&tipo=51&formato=PDF.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. São Paulo: Saraiva, 2015.