



## Plágio, literatura e breves reflexões sobre o artigo 184 do Código Penal Brasileiro

*Vilobaldo Cardoso Neto*

<http://orcid.org/0000-0002-3053-3049>

Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil.

*Samyle Regina Matos Oliveira*

<http://orcid.org/0000-0002-0221-7719>

Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil.

*Guilherme Guimarães Santos Meneses*

<http://orcid.org/0000-0002-9602-7528>

Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil.

### Introdução

Percebe-se que, desde que a humanidade adentrou no campo artístico e esse foi difundido, há uma memória de criação comum entre vários artistas. Criação e memória que perpassam os tempos e traduzem-se em novas e revigoradas obras artísticas. Porém, de tempos em tempos, tornam-se comuns os casos que transfiguram esse entendimento e reacendem o questionamento sobre a possibilidade de plágio, ou tão, somente, plágio.

Em meados de 2009, um jovem autor argentino, Pablo Katchadjian, produziu um texto que repercutiu diante do meio artístico e teve reflexos jurídicos. Ele reproduziu um conto do escritor Jorge Luis Borges em um novo texto. Tratava-se de uma duplicação do conto canônico *El Aleph*, por meio de uma nova produção em que se acrescentavam 5.600 palavras novas ao texto originário. O intitulado *El Aleph engordado*, entretanto, foi difundido somente em 200 exemplares<sup>1</sup>.

Esse livro intertextual não foi bem recebido pela herdeira de Borges, María Kodama. Em 2011, ela iniciou uma ação que acusava Pablo por plágio, delito que pode ser punido em até seis

---

<sup>1</sup> CARNEIRO, Mariana. Escritor argentino é condenado por plagiar 'O Aleph', de Borges. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 26 jun. 2015. Seção Ilustrada. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/06/1647714-escritor-argentino-e-condenado-por-plagiar-o-aleph-de-borges.shtml>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

anos de prisão pela lei argentina. Em apoio ao escritor e a sua obra, diversos escritores locais e estrangeiros, assim como pessoas de várias áreas artísticas, juntaram-se pela defesa da literatura. A acusação ao jovem autor, já conhecido por publicar e modificar o clássico argentino “*Martin Fierro*” em ordem alfabética, foi improvida na apelação e o processo continua em vias recursais<sup>2</sup>.

Diante da sucinta narrativa, que é o ponto de partida para o estabelecimento do problema que se traz à lume, pretende-se investigar a possibilidade de concepção do plágio sob o viés de uma autêntica produção artística. Para tanto, parte-se da hipótese de que, a depender do caso concreto, o plágio pode ser considerado pura expressão da literatura, não se subsumindo ao previsto na norma penal pátria.

Caracterizando-se como um estudo interdisciplinar, este artigo utiliza o método hipotético-dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, estando dividido em três capítulos temáticos, que retratam, respectivamente, cada um de seus objetivos propostos. Assim, busca-se, primeiramente, esclarecer o que é o Direito Autoral, conforme as disposições da legislação nacional referentes à matéria, em especial a lei n.º 9.610/98, além de delimitar o conceito doutrinário de autor e as eventuais lesões ao referido direito. Ademais, pretende-se deslindar a dimensão da literatura e como esta surge da memória social e particular, visando, com isso, levar o leitor à compressão de que o ato do plágio possui uma tenuidade entre ser mera reprodução da obra originária e um legítimo trabalho literário.

Por fim, objetiva-se analisar o famigerado instituto do plágio, os seus sujeitos ativo e passivo, o bem jurídico tutelado ao se definir tal conduta como crime, além de estabelecer breves reflexões sobre o artigo 184 do Código Penal Brasileiro. Perquirem-se, com este artigo, em pontos históricos e hermenêuticos, as insinuações sobre esse tema bastante controverso, ou seja, o plágio, ressaltando-se que este pode configurar um mero reflexo da literariedade<sup>3</sup>. Outrossim, que a utilização do Direito Penal deve caminhar em sintonia com o princípio da fragmentariedade.

## Direito de autor

Fábio Vieira Figueiredo assevera que desde o século XVIII há notícias de conhecimento de competências intelectuais a artistas. Nessa época, a ciência já se demonstrava garantidora da utilização pessoal das obras autorais ao proteger o direito a personalidade de artistas sobre suas criações. Ao se firmar esse direito, possibilitou-se, conseqüentemente, a implementação dos direitos intelectuais<sup>4</sup>.

Durante o século XIX, como indica Carlos Alberto Bittar, duas Convenções Internacionais surgiram com a finalidade de proteção ao direito intelectual: a Convenção de Paris, França, em 1883, motivou a

<sup>2</sup> Idem, loc. cit.

<sup>3</sup> Destaque-se que o próprio Jorge Luis Borges em sua própria obra literária, ficcional e ensaística, justifica e utiliza o plágio como forma em uso das letras. O conto “Pierre Menard, Autor de Quixote” simula isso, ao recriar a vida de um autor, imaginário, que utiliza a canonização do livro “Dom Quixote de la Mancha”, repetindo o texto e acrescentando o que acha que lhe falta. (SANCHEZ, Mariana. Escritor “engorda” um conto de Borges: sobre plágio, ready-made e o polêmico – para não dizer patético – julgamento de Pablo Katchadjian. *Gazeta do Povo*, 29 jun. 2015. Seção Literatura. Disponível em: < <https://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/literatura/escritor-engorda-um-conto-de-borges-bqtixf125v9bzohxelyx489yi>>. Acesso em: 17 jul. 2018).

<sup>4</sup> FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Direito de autor: proteção e disposição extrapatrimonial**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 18.

proteção da propriedade industrial; e a Convenção da União de Berna, Suíça, em 1886, a das obras artísticas e literárias. No Brasil, século XIX, surge a primeira participação do abrigo autoral, no qual professores acadêmicos poderiam usufruir de suas obras, durante o período de uma década<sup>5</sup>.

Nesse rasteio da proteção autoral, cumpre-se ressaltar a diferença entre o direito da personalidade e o direito intelectual. Nesse âmbito Bittar informa que

[...] direitos da personalidade são aqueles que se referem às relações da pessoa consigo mesma, quanto a características extrínsecas do ser e a suas qualificações psíquicas e morais. Alcançam, portanto, o homem em si e em suas projeções para o exterior, por exemplo, os direitos à vida, à honra, à imagem, à intimidade e outros [...]. Direitos intelectuais (*jura in re intellectuali*) são, de outra parte, aqueles referentes às relações entre a pessoa e as coisas (bens) imateriais que criam e trazem a lume, vale dizer, entre os homens e os produtos de seu intelecto, expressos sob determinadas formas, como expressões do espírito criativo humano<sup>6</sup>.

Ou seja, dos direitos intelectuais foram assentados aqueles do espectro imaginativo, incluindo artes plásticas, literatura, cinema, invenções, modelos industriais, desenhos industriais etc. Estão abrangidos, para fins protetivos, nesse domínio, os direitos morais e os direitos patrimoniais. Em relação aos primeiros, busca-se resguardar a própria realização artística, o esforço inventivo. Quanto aos últimos, protege-se a característica material, isto é, econômica da obra.

Os direitos intelectuais bifurcam-se em outras categorias, já difundidas nas convenções supracitadas: direito de propriedade industrial e direito autoral. Segundo Figueiredo, cabe a este reger as relações jurídicas que decorram de obras intelectuais de cunho estético – no que diz respeito à sua criação ou utilização –, e integrem a literatura, as artes e as ciências –, e àquele, as relações ligadas a obras de cunho utilitário, que caracterizem patrimônio imaterial de uso empresarial, a exemplo das patentes e das marcas<sup>7</sup>.

Quer dizer, o direito autoral incide sobre a estética imaginativa da obra e todos os seus percalços. Resguarda a segurança, a proteção que o escritor de determinada obra deve possuir, de não ter os direitos a seus materiais vilipendiados, moral e/ou patrimonialmente.

Da mesma maneira, a Constituição Federal aborda o tema no artigo 5º, inciso XXVII, destacando que o direito de utilização, publicação ou reprodução de obras é de exclusividade dos seus autores, podendo ser transmitido aos herdeiros. No mesmo artigo, a Carta Magna assegura, no inciso XXVIII, alínea “b”, aos criadores, intérpretes e respectivas representações sindicais e associativas, o direito à fiscalização da percepção econômica proveniente da criação e participação nessas obras<sup>8</sup>.

Assevera-se, portanto, o caráter *sui generis* do Direito de Autor, pois mantém em seu domínio tanto características de patrimônio quanto de personalidade<sup>9</sup> (que são advindas da criação artística ou estética).

<sup>5</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 3.

<sup>6</sup> Ibid. p. 2.

<sup>7</sup> FIGUEIREDO, op. cit. p. 23.

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

<sup>9</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial: arts 121 a 249. v. 2. São Paulo: RT, 2008. p. 535-536.

## O autor e a originalidade

Calha-se em se saber quem é o detentor principal da obra artística, diga-se, o autor. O labor do autor concentra-se como principal forma de exposição de que é o titular dos direitos de criação. O criador é a pessoa que, em seu espírito estético, transforma matéria bruta em obra artística, literária e científica. No caso do produto literário figura-se na utilização da forma da língua em seu estado intransitivo, já que vale em si mesma, e de um arranjo harmonioso.

Figueiredo enfatiza que o direito do autor produz um direito real de propriedade àquele que cria a obra e lhe atribui *corpus mechanicum*. Ou seja, é proprietário ou titular originário o autor que desenvolve o fluxo de ideias e dá corpo material à obra<sup>10</sup>.

Conforme aduz Bittar, para o Direito, o produto literário (ou qualquer outro artístico ou científico) é propriedade imaterial, posto que surge à luz de um processo intelectualivo, de remanejamentos de palavras com fulcro na criatividade. Traz um valor de objeto fruto do trabalho, em que a profissão de escritor concebe<sup>11</sup>.

Para os caracteres jurídico e erudito, o autor poderá ser qualquer pessoa física, independentemente de o escritor ser absoluta ou relativamente incapaz, o que inclui, por exemplo, os menores de 18 anos ou até mesmo as pessoas com deficiência (que integravam o antigo rol da incapacidade absoluta). Então o que concerne, tautológica e basicamente, o direito autoral ao autor é criar um texto literário.

[A] percepção do mundo e as avaliações quanto ao modo como a intelectualidade se processa (se por meio de dualidades, mente-razão, razão-emoção, muitas das vezes, também, filosoficamente simplórias) importam para compreender que o processo criativo e o processo de construção decisional decorrem de uma evidente pré-compreensão do mundo [...] <sup>12</sup>.

A partir do corpo memorial da sociedade – que abarca tudo que é comum para determinado agrupamento de pessoas –, pode-se compreender a que ponto a percepção de mundo (própria ou alheia) influencia autores, que utilizam ideias anteriores como suas na atualidade. Nesse entendimento, indica Perrone-Moisés, que cada escola ou período apresenta particularidades preexistentes desde sempre na literatura. Atualmente há uma exacerbação de procedimentos estéticos e criativos já existentes nas obras literárias do passado, mesmo com as transformações na tecnologia e na cultura<sup>13</sup>.

Isto é, autores atuais, ditos por alguns como pós-modernos ou até anteriormente com os autores modernos, ou antecedentes a esses, individualizavam convicções como suas e hodiernas, mas que perfazem um horizonte da literatura ciclicamente em suas ideias, histórias e estéticas.

Desse mesmo modo, Jorge Luis Borges foi influenciado diretamente em suas obras, o que facilmente pode ser constatado em seus contos ou ensaios. Autores como Ricardo Güiraldes (na obra “*Don Segundo Sombra*”), com seus gaúchos, ou Oscar Wilde (no conto “*The Canterville Ghost*”), com seu fantasma com

<sup>10</sup> FIGUEIREDO, op. cit. p. 71.

<sup>11</sup> BITTAR, op. cit. p. 13.

<sup>12</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 32.

<sup>13</sup> PERRONE-MOISÉS, Leyla. **Mutações da literatura no século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 44-45.

vários epítetos – uma espécie de “fantasma-biblioteca” –, contribuíram para a criação do escritor Borges e da sua escrita. Assim como aqueles também foram influenciados por outros autores. Um ciclo interminável de criações e recriações.

Uma das condições básicas do direito autoral, como também do direito à propriedade industrial, é a originalidade da obra. A criação artística, nesse caso literária, deve primar nas características autorais.

Segundo Carlos Alberto Bittar, só será garantida a proteção do Direito de Autor àquelas obras que mantenham uma peculiar originalidade, constituída por componentes individualizadores, devendo ser revestidas por características próprias que as distingam de outras já existentes<sup>14</sup>. No entanto, o próprio doutrinador supracitado indica que,

[e]ntretanto, esse conceito deve ser entendido em termos objetivos: a identificação de elementos criativos próprios faz entender-se original a obra [...]. Ademais, apresenta a originalidade caráter relativo, não se exigindo, pois, novidade absoluta, eis que inexorável é, de um ou outro modo, o aproveitamento, até inconsciente, do acervo cultural comum. Basta a existência de contornos próprios [...], para que a forma literária, [...] ingresse no circuito protetor do Direito de Autor<sup>15</sup>.

Quer dizer, quanto à excentricidade da obra literária, são necessários somente traços que identifiquem as características de cada escritor. Demonstra-se que as particularidades estéticas devem manter-se enraizadas nos contornos autorais, mesmo que o autor se tenha conservado em textos já preexistentes.

A preexistência de livros não descaracteriza as obras futuras, até mesmo a obra reflexa (plagiária) pois suportam-se como originárias as obras com personalidades do autor. A obra reflexa somente traz contornos ou decalques de obras já existentes, mas que convivem em uma realidade de memória comum, como material de acervo humanitário.

Mas também, o decalcar não demonstra a precariedade estilística do autor. Assim sendo, a originalidade também pode importar em admitir-se dizer de diversas formas coisas muito semelhantes, assim como, dizer de semelhantes formas coisas muito diversas<sup>16</sup>.

Além do mais, no art. 5º, VIII, “g”, da Lei 9.610/1998 fala-se em “obra derivada”, na qual infere-se que a derivação de obras preexistentes formará outras obras a partir dessa, mas que surgirão somente a partir da aceitação do licenciante. Como são, diante da obra literária, as traduções, as peças de teatro, as filmagens etc<sup>17</sup>.

Agudamente, a originalidade não é imutável ou não amoldável e seus signos perfazem as estruturas futuras de textos vindouros. Notam-se essas peculiaridades em textos de uma mesma escola literária, em que temas são caros para o determinado grupo literato, garantindo a semelhança (às vezes, até a total equivalência) entre textos.

---

<sup>14</sup> BITTAR, op. cit. p. 47.

<sup>15</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>16</sup> COMPAGNON, Antoine. **O demônio da teoria: literatura e senso comum**. Trad. Cleonice Paes Barreto Mourão, Consuelo Fortes Santiago. Belo Horizonte: UFMG, 2006. p. 188.

<sup>17</sup> BRASIL. **Lei nº 9.610**, de 19 de fevereiro de 1998.

## Dano ao autor

A Lei 9.610/1998 indica os direitos dos autores ante suas obras. O artigo 24 dessa lei exprime quais são os direitos morais do autor, entre eles: reivindicar a autoria da obra; modificar a obra; retirar de circulação a obra; etc. Já o artigo 28 da mesma lei afirma que a disposição, a fruição e a utilização das obras competem ao autor. E o artigo seguinte traz as particularidades que dependerão de autorização prévia dos autores, como traduções, reproduções, adaptações, entre outras<sup>18</sup>.

Ao autor de determinada obra artística, independentemente de sua forma, há proteção do seu direito sobre sua criação. Outrossim, aquele que se sentir caducado por utilização indevida de sua obra terá a possibilidade de exigir a reparação pela lesão ao seu direito autoral.

Sobre a abrangência do direito autoral, as criações artísticas provêm aos seus autores vantagens e privilégios, bem como a partir delas surgem direitos patrimoniais e extrapatrimoniais<sup>19</sup>.

Fábio Vieira Figueiredo informa sobre o ressarcimento das lesões. Para ele, a reparação dos danos causados aos escritores poderá ser produzida em duas instituições: dano patrimonial e/ou moral (alguns doutrinadores utilizam a expressão dano extrapatrimonial). Além disso, exprime que o dano patrimonial surge diante da materialidade do objeto artístico, literário ou científico. Trata-se da composição material/econômica da obra. Em outras palavras, se o criador se aperceber economicamente tolhido poderá buscar a restituição desse percentual prejudicado. A liquidação do dano, aqui, é mais específica<sup>20</sup>.

No entanto, a restituição do dano extrapatrimonial (ou moral) possui como base característica a subjetividade. Refere-se à decorrência de uma dor, sofrimento ou angústia, que provém de lesões às prerrogativas pessoais, ou seja, os direitos da personalidade, como bem elucida o doutrinador supramencionado<sup>21</sup>.

Nesse ângulo, a indenização moral mostra-se mais reclusa ao estudo de cada caso concreto. Conclui-se na individualidade (do dano) de cada processo, pois revelar-se-á a partir dos diversos condicionamentos despertados pelas capacidades e personalidades únicas de cada criador. As restituições por dano extrapatrimonial e patrimonial efetivam as principais disposições do autor pela defesa de sua criação intelectual. Garantem-se, pecuniariamente, as reparações perante à personalidade, ao pecúlio e até a própria profissão artística.

## A literatura

Após a breve explicação sobre o Direito de Autor e algumas de suas particularidades, reputa-se importante versar sobre o conceito de Literatura. Todavia, não somente a conceituação atravancará os detrimentos do artigo 184 do Código Penal.

<sup>18</sup> Idem, loc. cit.

<sup>19</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 399.

<sup>20</sup> FIGUEIREDO, op. cit. p. 126.

<sup>21</sup> Ibid. p. 128.

O conceito de obra literária sempre foi bastante discutido. Hodiernamente, ainda o é polemizado. Desde “A Poética” de Aristóteles, depois por diversos movimentos críticos (como o formalismo russo e o estruturalismo francês), até críticos atuais, a concepção de Literatura fomenta debates. A análise histórica do termo perpetua diversos âmbitos estruturais e intelectivos.

Como afirma o crítico literário Antoine Compagnon, ao designar a acepção *lato sensu* do conceito, literatura é tudo aquilo que é impresso ou manuscrito, a exemplo da ficção, da história, da filosofia e da ciência, compreendendo, desta forma não só a retórica e a poética, mas também a eloquência. Para o autor, esta acepção corresponde, portanto, à ideia clássica de “belas-letras”<sup>22</sup>. Contudo, é permissivo saber que, como arte ou ciência, os gêneros literários antigos (épico, poético e dramático) se modificam, transformam-se (com diversas variações ou mutações, por exemplo o conto, a crônica, a prosa poética, o pastiche, etc.). Altera-se a sua própria organização e significação. Mesmo que sua imutabilidade ainda se mantenha na materialidade.

Para a crítica literária Leyla Perrone-Moisés, “[...], na verdade, não existe um conceito de literatura, apenas acepções que variam de uma época a outra. Na nossa, a palavra recobre uma grande variedade de práticas escritas. As acepções mudam porque os contextos se transformam”<sup>23</sup>.

Possui diversas estruturas e plataformas. Aristóteles, em seu livro “A Poética”, renegava o gênero lírico desse campo literário, o qual não havia nome específico. Os maiores entraves atuais são as aceitações dos livros virtuais. Ou seja, modificações sempre ocorreram e ocorrerão a literatura.

Para Perrone-Moisés, a atual formação literária (surgida no século XVIII) é designada por uma atividade própria, uma prática de linguagem artística, separada e superior, um conjunto de conhecimentos específicos<sup>24</sup>.

Performa-se, tautologicamente, que Literatura é aquilo que se escreve numa destinação autor – texto – leitor. O autor se restringe ao leitor, e vice-versa. Há uma relação una, em que o escritor se compromete com o público que busca.

Após o Romantismo, que denotou uma ruptura radical com o Classicismo, a Literatura entra em uma nova era. As difusões literárias tornam-se abrangentes. Novos patamares surgem para definir, entre outras, a linguística, a estética, a sociolinguística. Dentre as conceituações surge uma difundida pelo Formalismo russo, a literariedade.

Pelo sentido dos formalistas, a literariedade é a utilização da língua e de sua escrita na sua forma estética<sup>25</sup>. O que mantém a língua em sua aplicação transitiva e passageira no comum de sua utilização coloquial.

Dentre os princípios que regem a literariedade encontra-se a desfamiliarização, que remonta à ideia de estranhamento. Assim, espera-se que a literatura renove, modifique a percepção do leitor anteriormente

<sup>22</sup> COMPAGNON, op. cit. p. 31.

<sup>23</sup> PERRONE-MOISÉS, op. cit. p. 8.

<sup>24</sup> Ibid. p.19.

<sup>25</sup> COMPAGNON, op. cit. p. 40-41.

habitado ou automatizado a determinadas formas e procedimentos, por meio de um desarranjo que lhe traga uma nova sensibilidade linguística<sup>26</sup>.

O desarranjo da habitualidade linguística é o que se busca na renovação de textos seculares. Ele é facilmente encontrado em pastiches, paródias, como também em textos plagiários, como se vê na obra de Machado de Assis e Jorge Luis Borges.

Nas artes em geral, o decalque sempre foi consuetudinário e os grandes mestres, permanentemente, utilizados como imagem a ser seguida. O cânone é o que grandes escritores produziram e que repercute infindáveis vezes.

Sobre a canonização, o crítico literário Harold Bloom declara a preservação do sentido individual de cada sujeito diante de obras que conduzem à “Arte da Memória”. Reforça a memória como uma arte, até na atuação involuntária. Isto é, obras que incidem na memória comum de uma nação e seus indivíduos<sup>27</sup>.

A canonização dessas obras envolve uma estrutura que perpassa as ondulações do tempo e da memória. Escritores canônicos não são somente criadores de estilos, mas resgatadores e/ou moldadores das linguagens de outros cânones (como Machado de Assis fez com Laurence Sterne e Lúcio Cardoso com Fiódor Dostoiévski).

Grande parte dos escritores acadêmicos não desenvolve uma “voz de autor” a ponto de se transformarem em autores fortes, mas reproduzem rigorosamente métodos e técnicas de escritura. Cumprem as prescrições do estilo, e a originalidade é alcançada pelo que chamamos de “resultados da pesquisa” e não pela estética narrativa<sup>28</sup>.

A canonização de diversas obras literárias torna-se caminho para futuros escritores. A estilística de certo grupo de produtores de textos atuais é perfeita de acordo com as características dos estilos de livros ou de escritores canonizados. Produz a capacidade de fluir nas obras a memória provinda das cargas, também, memorialistas de outros autores.

Para Perrone-Moisés a herança literária perfaz-se, muitas vezes, por meio de um trabalho de “dilapidação” ou modificação da obra original em pequenas obras. Entretanto outros herdeiros sentem, de fato, o peso e produzem obras dignas desse legado. Segundo a autora, os escritores atuais, aqui equiparados a verdadeiros herdeiros, possuem a incumbência de fazer essa herança prosperar<sup>29</sup>.

A memória é utilizada como força motriz para encabeçamento de obras literárias futuras e atuais. As reminiscências de autores antigos, cujas obras embarcaram moldações que causaram a desfamiliarização, é matéria. Com isso, entende-se que a literatura é um espólio que se atualiza conforme o necessário, mas que mantém uma conjuntura de anterioridade perdurável. Vê-se no limiar histórico da literatura, cuja oralidade, passada entre gerações, proveu a elevação da escrita como substância de armazenamento do que

<sup>26</sup> Ibid. loc. cit.

<sup>27</sup> BLOOM, Harold. **O cânone ocidental**: os livros e a escola do tempo. Trad. Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 25.

<sup>28</sup> DINIZ, Debora; MUNHOZ, Ana Terra Mejia. Cópia e pastiche: plágio na comunicação científica. **Argumentum**. Vitória, ano 3, n.3, v. 1. p. 11-28, jan./jun. 2011. p. 15.

<sup>29</sup> PERRONE-MOISÉS, op. cit. p. 50.

era dito. Assim, seguiram-se as obras, como Homero e suas epopeias, frutos da linguagem falada, mas que promoveram novas delineações, e assim novos escritores e novas obras. Todos habituais àquilo de comum que os envolvia em matéria de memória.

A memória é coletiva e reside em um panorama amplo, em que autores buscam por atualização ou esquecimento da grande massa os temas que lhes serão repetidos/moldados/plagiados. Segundo o escritor e crítico literário Jorge Luis Borges,

não há coisa no universo que não tenha uma causa eficiente e que essa causa, evidentemente, é o efeito de outra causa anterior. O mundo é um interminável encadeamento de causas e cada causa é um efeito. Cada estado provém do anterior e determina o subsequente, [...]. As históricas não a esgotam: o vertiginoso *regressus in infinitum* talvez seja aplicável a todos os temas. À estética: tal verso nos comove por tal motivo, tal motivo por tal outro motivo ...<sup>30</sup>.

Nesse mesmo diapasão, em decorrência da própria obra literária do autor em destaque no presente artigo, Jorge Luis Borges, vê-se a plagiabilidade como algo concernente à própria literatura. Às vezes como forma literária (pastiche ou paródia), outras como a própria temática de ser-se literário. Harold Bloom revela que

[e]ssa consciência, ao mesmo tempo visionária e irônica, é difícil de descrever, porque desmonta as antíteses discursivas entre a individualidade e o comunal. Está relacionada com a compreensão de que toda a literatura é plagiária em certo grau, uma intuição que Borges deve a Thomas de Quincey, [...], um plagiário exuberantemente autoconsciente, e provavelmente o mais crucial de todos os precursores de Borges<sup>31</sup>.

Toda escrita é memorialista e verossimilhante (a mimesis aristotélica), pois todos encontram-se amparados em signos rotineiros dos escritores e leitores. Desse modo, o plágio é progênito da anamnese plural e que, com sua repetição e utilização de avatares, promove a evolução literária.

## Plágio

O instituto do plágio surgiu, no Brasil, em pleno século XIX. Em 1830, o “Código Criminal do Império do Brasil” trouxe o que seria, futuramente, a imagem do plágio. O artigo 261, desse Código, positivava: imprimir, gravar, reproduzir ou introduzir quaisquer escritos, ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem, ou dez anos depois da sua morte, se deixarem herdeiros. Percebe-se que, além de trazer esta figura típica para o rol criminal, o Código ainda reafirma o prazo do domínio público dos criadores daquela época, ou seja, dez anos após a morte<sup>32</sup>.

O artigo 261 do Código Criminal do Império ratifica essa espécie de plágio no título dos crimes à propriedade, especificamente no capítulo sobre furtos. Aqui se comparam a produção literária, científica e artística à materialidade física, a um objeto. O que na realidade divergiria em tempos hodiernos, já que a proteção estará na imaterialidade, na ideia daquilo desenvolvido e propalado. Como se fosse o espectro da

<sup>30</sup> BORGES, Jorge Luis. **Discussão**. Trad. Josely Vianna Baptista. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 131-133.

<sup>31</sup> BLOOM, op. cit. p. 450.

<sup>32</sup> BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**.

criação publicada o objeto do amparo jurídico atual. Nesse sentido, há, também, de se entender que não se penalizam, nem se protegem ideias não exteriorizadas.

O Código Penal de 1940 possui, entretanto, em seu conteúdo, a atribuição criminal do plágio. O artigo 184 desse código penal, com redação ofertada pela Lei nº 10.695/2003, inflige: “Violar direitos de autor e os que lhe são conexos”<sup>33</sup>. A ocorrência disposta no *caput* desse artigo comina pena de três meses a um ano de detenção ou multa.

O jurista Cezar Roberto Bitencourt, ao versar sobre o artigo 184, enfatiza que os direitos de autor nascem do próprio ato de criação e da utilização econômica que é dada à obra, qualquer seja a sua natureza. Para ele, a expressão “violar direitos do autor”, extraído do tipo penal em epígrafe, conquistou grande gama de significados, sobretudo por abranger, também, as violações aos direitos considerados conexos. Assim, a violação de todo e qualquer direito autoral está compreendida pelo referido artigo.

A redação atual da lei estendeu sua competência além da ideia da obra reflexa. Nela o legislador induz que serão passíveis dessa pena aqueles que vilipendiarem os direitos autorais. Torna-se vaga a produção penal nesse sentido, o que acaba induzindo a diversos questionamentos acerca do que seriam essas violações a tal direito. Percebe-se uma lei penal em branco.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli assinalam que leis penais em branco são aquelas que “estabelecem uma pena para uma conduta que se encontra individualizada em outra lei (formal ou material)”<sup>34</sup>. Ou seja, dependem de complementação específica por meio de outra lei. A complementação do artigo 184 encontra-se na legislação sobre direitos autorais, a lei nº 9.610/1998, na qual são indicadas quais violações poderão ser objeto de estudo da norma penal.

Rogério Sanches Cunha, analisando o núcleo do tipo penal, expressa que a violação ao direito do autor, sinônimo de transgressão, desrespeito e ofensa, ocorrerá sempre que houver publicação, reprodução ou modificação de sua obra, à sua revelia. Ademais, declara o doutrinador que, por tratar-se de norma penal em branco, o conteúdo lá indicado precisa de complementação específica, diga-se, na lei n.º 9.610/98, especificamente nos artigos 24 a 29, que dispõem sobre as violações de direitos autorais<sup>35</sup>.

O verbo utilizado pelo tipo penal, violar, pode atestar outros verbos que impliquem violações do direito de autor. Ou seja, violar poderá ser desobedecer, infringir, violentar, desrespeitar, desonrar, desabonar, entre outros. O que causa uma ampliação na subjetividade do objeto estigmatizado e do direito autoral. A partir disso, torna-se necessário compreender as particularidades, individualidades, de cada processo.

Sobre a consumação e a tentativa do tipo penal, Julio Fabbrini Mirabete informa que

[v]aria a consumação conforme a modalidade da conduta: com a reprodução, distribuição, venda, exposição à venda, locação, introdução no País etc. A reprodução com muitas cópias ou exemplares não constitui crime

<sup>33</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940.

<sup>34</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2015. p. 404.

<sup>35</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). Salvador: Juspodivm, 2016. p. 406-407.

continuado, mas delito único. [...] Possível a tentativa por se tratar de crime plurissubsistente, que admite fracionamento<sup>36</sup>.

O artigo 184 traz, nos seus parágrafos 1º e 2º, figuras qualificadoras que incidem sobre a obtenção de lucros pelos vilipêndios de criações autorais. O parágrafo 1º indica que sobre as reproduções totais ou parciais das obras sem autorizações dos autores, incorre a pena de reclusão por dois a quatro anos e multa. Enquanto o parágrafo 2º, com a mesma penalização anterior, aponta para a distribuição, venda, exposição, ocultação, empréstimo de obras originais ou cópias<sup>37</sup>. Entretanto, aqui, fala-se das hipóteses de pirataria dessas propriedades.

A matéria mais conhecida das transgressões ao direito de autor é o plágio. Em um sentido sobre a reproduzibilidade, o filósofo, sociólogo e crítico literário Walter Benjamin reconhece que sempre foi possível a reprodução de obras de arte. Destaca também que sempre foi comum aos homens o ato de copiar o que outros indivíduos já haviam feito, prática essa, inclusive, exercita nas artes pelos alunos, em relação aos seus mestres. A partir do século XX, segundo Benjamin, a reprodução técnica alcança as obras de arte antigas e submete sua repercussão a variadas transformações, consolidando um modo próprio de se produzir arte<sup>38</sup>.

Benjamin discorre sobre a utilização secular das reproduções da arte, algo que sempre foi utilizado pelos mestres e pelos futuros artistas. O autor aproxima a arte à massa populacional, que se mantinha afastado pelos atributos encarcerantes de uma arte restrita<sup>39</sup>.

A arte (literatura, plástica, cinema etc.) é um traslado, em que os discípulos copiam os mentores até possuírem um ponto de divergência autoral do anterior, mas as características anteriores ainda persistem. São esses vestígios que fazem a arte ser o que ela é. Um emaranhado de ideias preexistentes, que se modificam assim como a sociedade. Porém, a anterioridade persevera.

## Sujeitos

Para o tipo penal do art. 184 há de se falar quem são os sujeitos, passivo e ativo, do delito descrito. O sujeito ativo será qualquer pessoa que cometa violação dos direitos de autor. O próprio artigo não delimita as peculiaridades desse indivíduo. Contudo, o sujeito passivo “será o autor da obra literária, artística ou científica, seus herdeiros e sucessores, ou qualquer outra pessoa que seja titular dos direitos sobre a produção intelectual”<sup>40</sup>.

Todavia, sobre o ato de criar, que é a capacidade dada pelos doutrinadores ao sujeito passivo, Jorge Luis Borges dispõe,

<sup>36</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 234-B. São Paulo: Atlas, 2015. p. 361.

<sup>37</sup> BRASIL, 1940, loc. cit.

<sup>38</sup> BENJAMIN, Walter. **Estética e sociologia da arte**. Trad. João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017. p. 12-13.

<sup>39</sup> Ibid. p. 12-15.

<sup>40</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. v. III. Niterói: Impetus, 2015. p. 369.

[no] capítulo de sua *Lógica* que trata da lei da causalidade, John Stuart Mill argumenta que o estado do universo em qualquer instante é uma consequência de seu estado no instante anterior, e que o conhecimento perfeito de um só instante seria suficiente para que uma inteligência infinita soubesse a história do universo, passada e vindoura. (Também sustenta – oh Louis Auguste Blanqui!, oh, Nietzsche!, oh, Pitágoras! – que a repetição de qualquer estado implicaria a repetição de todos os outros e faria da história universal uma série cíclica.). (grifo do autor)<sup>41</sup>.

Ao seguir esse entendimento, poder-se-ia inferir que o plagiador também produz, diga-se, seria ele também autor, produtor de obra autoral. Esse mesmo entendimento permite que as pessoas do tipo penal sejam as mesmas, no caso do plágio. O sujeito passivo e o sujeito ativo seriam, ambos, autores.

Sobre a materialidade da obra do autor e do plagiador – como produtores de conteúdo –, é importante lembrar a constituição da memória individual e coletiva. Pois o autor ou o plagiador estão em um paralelo que interliga as ideias anteriormente produzidas com as atuais (que resgatam as anteriores como se fossem produzidas por esses autores). Henri Bergson, a respeito desta memória, afirma que há

[...] duas memórias profundamente distintas: uma, fixada no organismo, não é senão o conjunto dos mecanismos inteligentemente montados que asseguram uma réplica conveniente às diversas interpelações possíveis. [...] A outra é a verdadeira. Coextensiva à consciência, ela retém e alinha uns após outros todos os nossos estados à medida que eles se produzem, dando a cada fato seu lugar e conseqüentemente marcando-lhe a data, movendo-se efetivamente no passado definitivo, e não, como a primeira, num presente que recomeça a todo instante [...] Que toda idéia emergente no espírito tem uma relação de semelhança ou de contigüidade com o estado mental anterior, é incontestável<sup>42</sup>.

Diante disso, no princípio do *regressus in infinitum*<sup>43</sup>, muito utilizado por Borges - retirado dos ensinamentos de Bergson -, todos os pensamentos coexistem em um patamar de preexistência, e os autores adquirem para si essas ideias.

## Bem Jurídico

O bem jurídico protegido pela Lei Penal subsiste na forma de resguardar uma matéria, cujo abrigo já é previsto pelo Estado. Dentre os vários bens jurídicos protegidos podem-se encontrar a vida, a honra, a liberdade, a propriedade. Admite-se entender que o objeto jurídico previsto pela Máxima Penal, no seu artigo 184, possui uma origem mista, uma vez que o detentor desse bem disporá de sua honra (a estética autoral, a ideia, o sentimento próprio de criador) particular, de seu próprio patrimônio e de seus reflexos.

Questiona-se aqui a necessidade de o Direito Penal tutelar o referido bem jurídico. Sobre o caráter fragmentário da norma penal, indicam Zaffaroni e Pierangeli que o legislador deve sempre se questionar sobre o porquê da proibição de uma conduta por meio de determinada norma. Para os autores, quando não há esse questionamento, “o dever se impõe por si mesmo”, escancarando um capricho, preconceito e

<sup>41</sup> BORGES, Jorge Luis. **Outras inquisições**. Trad. Davi Arriguicci Júnior. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 35.

<sup>42</sup> BERGSON, Henri. **Matéria e memória**: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 176-191.

<sup>43</sup> BORGES, 2008. p. 133.

verdadeiro empenho arbitrário de um legislador que não segue o princípio republicano previsto no artigo 1º da Carta Magna, que prescreve a racionalidade dos seus atos<sup>44</sup>.

O legislador ao criar esse tipo penal, no qual inclui o objeto de estudo do artigo (o plágio), pode se valer de pré-juízos íntimos ou desconhecimentos. Já os autores que figuram no sujeito passivo hão de entender que suas obras também surgiram de figuras e conceitos anteriores. No sentido de criação como bem jurídico possível de proteção, Borges novamente esclarece que

[p]ensar, analisar, inventar [...] não são atos anômalos, são a respiração normal da inteligência. Glorificar o ocasional cumprimento dessa função, entesourar antigos e alheios pensamentos, recordar com incrédula estupefação o que o *doctor universalis* pensou, é confessar nossa languidez ou nossa barbárie. Todo homem deve ser capaz de todas as idéias e entendo que no futuro será<sup>45</sup>.

Devem-se estudar, conjuntamente, as intersecções e as tenuidades entre o ato de criação e o Direito, sobretudo o Penal. Cezar Roberto Bitencourt expõe que é, propriamente, por meio do Direito Penal, enquanto única instância de controle social formalizado, que o Estado se vale de meios coercitivos formais, ou seja, da imposição da pena. Explica Bitencourt que tal afirmação justifica o caráter fragmentário e de *ultima ratio* do Direito Penal, em que a utilização dos métodos mais drásticos de coerção só deve ocorrer, por meio do previsto na norma, em último caso, e para a tutela dos bens jurídicos de maior relevância para a sociedade<sup>46</sup>.

Conforta a ideia de que o autor que se sente vilipendiado poderá acionar a jurisdição por meio da esfera cível, por exemplo. O Direito Penal, *latu sensu*, só deve surtir quando todas as tentativas dos demais ramos do Direito não forem suficientes para garantir a tutela de determinado bem jurídico, dando-se valia ao caráter último que a Lei Penal deve exalar. Perquire-se, portanto, a utilização correta e proporcional que o Direito Penal deve possuir em uma sociedade pautada por normas, não ultrapassando, os limites de atuação que lhe são outorgados.

## Considerações finais

A literatura não possui uma definição única. Ela provém de variados entendimentos e épocas, abarcando diversas peculiaridades. Pode-se afirmar, categoricamente, que é fruto da memória, desde o tempo em que os versos eram declamados, até hoje, em que se visualizam muitas plataformas tecnológicas – e cuja reprodução tornou acessível a leitura. A par disso, conclui-se que cada obra passa a ser herança de um texto antigo e espólio para outros presentes ou vindouros.

Há também de se destacar a linha tênue entre o que é texto original e o que é ideia anterior. O ato de criação, em essência, não é particular. Ele se origina numa espécie de panorama comum entre a memória comum, natural e interna. O próprio autor Jorge Luis Borges, assim como muitos outros críticos literários, entendia que a literatura possui sua camada de plágio comum, embora em alguns textos, mais, e em outros, menos.

<sup>44</sup> ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit. p. 419.

<sup>45</sup> BORGES, Jorge Luis. **Ficções**. Trad. Davi Arrigucci Júnior. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 44.

<sup>46</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 201.

O artigo 184 do Código Penal, ao prever como tipo penal as violações ao direito de autor, estabeleceu o instituto do plágio. Entretanto, quando se afirma que a cópia de escrita ou de estilo é plágio, como consequência, em tese, todas as obras literárias também o são. Ao tornar o plágio objeto de Lei Penal, o legislador pactua com o putativo entendimento de que a literatura é algo caduco. Ocorre que, não se nota o nexos entre o objeto do bem jurídico protegido, a literatura, e norma penalizadora. Outrossim, as lesões ao direito de autor possuem instâncias anteriores de tutela, não devendo ser infringido o caráter último do Direito Penal. Além disso, é perceptível que quase todos os julgados sobre plágio decorrem do âmbito cível, em que os autores que se sentiram confrontados ou monetariamente atingidos buscaram a restituição, patrimonial e/ou extrapatrimonial.

Denota-se que diversos autores nacionais e estrangeiros utilizaram e utilizam o plágio em suas obras, ou como objeto ou estilo pessoal, usufruindo de atos e reflexões antigos que afirmaram ou afirmam serem seus. No momento em que Pablo Katchadjian decide “engordar” o conto *El Aleph* de Jorge Luis Borges, não o faz em decorrência de escolha aleatória. O autor acusado de plágio é mais um dos muitos autores argentinos ou estrangeiros que utilizaram/utilizarão Borges como parâmetro – ou que manusearão suas ideias. O mesmo ocorreu com Borges e com os autores que este utilizou como referência. Independentemente da perspectiva, nos dois lados estarão posicionados escritores.

Quanto ao magistrado, seu papel será decidir se a criação literária foi, efetivamente, apenas uma mera reprodução da obra originária, ou se o autor utilizou-se do plágio como forma artística. Essa última possibilidade demonstrou-se perfeitamente possível. Reitera-se, portanto, que a depender do caso concreto, o plágio pode ser concebido sob o viés de uma produção artística autêntica.

## Referências

- BENJAMIN, Walter. **Estética e sociologia da arte**. Tradução João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.
- BERGSON, Henri. **Matéria e memória**: ensaio sobre a relação do corpo com o espírito. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BLOOM, Harold. **O cânone ocidental**: os livros e a escola do tempo. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- BORGES, Jorge Luis. **Discussão**. Tradução Josely Vianna Baptista. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- BORGES, Jorge Luis. **Ficções**. Tradução Davi Arrigucci Júnior. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- BORGES, Jorge Luis. **Outras inquisições**. Tradução Davi Arrigucci Júnior. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- CARNEIRO, Mariana. Escritor argentino é condenado por plagiar ‘O Aleph’ de Borges. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 26 jun. 2015. Seção Ilustrada. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/06/1647714-escriptor-argentino-e-condenado-por-plagiar-o-aleph-de-borges.shtml>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

- COMPAGNON, Antoine. **O demônio da teoria:** literatura e senso comum. Tradução Cleonice Paes Barreto Mourão, Consuelo Fortes Santiago. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2006.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte especial (arts. 121 ao 361). Salvador: JusPODIVM, 2016.
- DINIZ, Debora; MUNHOZ, Ana Terra Mejia. Cópia e pastiche: plágio na comunicação científica. **Argumentum**. Vitória, ano 3, n.3, v. 1, p. 11-28, jan./jun. 2011.
- DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”:** contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Direito de autor:** proteção e disposição extrapatrimonial. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte especial. v. III. Niterói: Impetus, 2015.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal:** parte especial: arts. 121 a 234-B. São Paulo: Atlas, 2015.
- PERRONE-MOISÉS, Leyla. **Mutações da literatura no século XXI.** São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte especial: arts. 121 a 249. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SANCHEZ, Mariana. Escritor “engorda” um conto de Borges: sobre plágio, ready-made e o polêmico – para não dizer patético – julgamento de Pablo Katchadjian. **Gazeta do Povo**, 29 jun. 2015. Seção Literatura. Disponível em: < <https://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/literatura/escritor-engorda-um-conto-de-borges-bqtixf125v9bzohxelyx489yi>>. Acesso em: 17 jul. 2018
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.