

XII CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Capítulo X Direito de Autor e os Primados Constitucionais

TÍTULO: O PAPEL DA PERÍCIA TÉCNICA NOS CASOS DE PLÁGIO MUSICAL: DIRETRIZES E ELEMENTOS DE ANÁLISE

Eduardo Riess R. de Souza



O PAPEL DA PERÍCIA TÉCNICA NOS CASOS DE PLÁGIO MUSICAL: DIRETRIZES E ELEMENTOS DE ANÁLISE¹

Eduardo Riess R. de Souza²

RESUMO

O presente artigo propõe uma reflexão acerca do conceito de *plágio musical* de acordo com a doutrina pátria e, principalmente, uma inserção no universo sobre o qual orbita o crivo analítico realizado pela figura do perito técnico, com base não apenas nas características e atributos da música e do som, mas também à égide de conceitos e noções jurídicas elementares, tais como ‘domínio público’, ‘*fair use*’, ‘originalidade objetiva’ e ‘contributo mínimo’. É justamente a amálgama entre tais elementos - técnico-musicais e jurídicos - o fator cardeal a possibilitar a melhor dinâmica colaborativa entre o *expert* e o julgador, garantindo-se aos jurisdicionados, por consectário, uma mais acurada e fundamentada análise acerca da eventual incidência plagiária.

Palavras-Chave: Direito Autoral. Perícia Técnica. Plágio.

1 Eixo temático: III – DIREITO DE AUTOR E OS PRIMADOS CONSTITUCIONAIS

2 Advogado. Graduando em Música (Licenciatura/Piano) pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). E-mail: eduardo.riess@daniel-ip.com – LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/eduardo-riess-0525387b/>.

“A música é arte; o Direito, uma prudência”
Eros Grau

1. INTRODUÇÃO

As propriedades intelectuais, a partir do momento que se tornam objetos de lucro, devem gozar de um especial amparo jurídico no que concerne à preservação da singularidade emanada quanto à maneira de se expressar de um determinado criador.

Torna-se premente conferir proteção especial à figura do modificador originário, bem como de seus agentes econômicos, frente às condutas ilícitas que venham a diluir ou macular os direitos de propriedade ali insertos – tanto do ponto de vista patrimonial, quanto existencial.

Tal proteção à expressão, contudo, é efêmera, e sob certas condições, justamente como uma forma de permitir um balanceamento entre a tutela dos interesses do autor, dos titulares de direitos patrimoniais e, ainda, dos demais grupos envolvidos na seara autoral.

O ramo autoral compreende um ambiente complexo e díspar, sendo imprescindível a adoção de uma metodologia precipuamente equilibrada no momento de apreciação quanto à ocorrência ou não de uma determinada infração, ou, no caso específico do que aqui se trata, do chamado *plágio musical*.

A Lei nº 9.610/98, a exemplo da antecedente Lei Medeiros e Albuquerque de 1808, não trouxe conceitualmente maiores informações acerca do que viria a ser a conduta plagiária, transferindo para a doutrina o especial papel de elaborar tais definições, além de fornecer subsídios informacionais quanto aos limites ao chamado uso livre das obras autorais.

Ademais, a ausência de fixação de critérios objetivos por parte do legislador, acabou por tornar demasiadamente casuístico o papel do julgador ao analisar a ocorrência ou não do plágio, uma realidade, contudo, bastante sensível no caso musical, cuja natureza comporta elementos eminentemente técnicos.

Não convém que ao aplicador da lei seja ministrado o auspicioso poder da estesia, tornando-se, portanto, indispensável que sua discricionariedade seja balizada tanto pelo acervo probatório colocado à disposição, como – principalmente – pelos conhecimentos técnicos exarados pela figura do perito.

Sob esta toada, o presente artigo objetiva destacar o proeminente papel adquirido pelo perito musical - enquanto auxiliar do julgador - no sentido de desenvolver uma profunda análise técnica, não apenas albergando os conhecimentos específicos do som e da música, mas também em observância aos elementos excludentes do plágio (*influência, coincidência fortuita e reminiscência*) e, por fim, à égide conceitual de *domínio público, fair use, originalidade objetiva e contributo mínimo*.

A análise pericial, afinal, deve mensurar, primariamente, o grau de equilíbrio entre a proteção jurídica atribuída ao criador supostamente infringido e o material contributivo que a sua obra proporciona à sociedade e aos demais agentes integrantes da seara autoral, para, somente após, averiguar a eventual ocorrência de conduta plágária.

2. O QUE NÃO DEVE SER CONSIDERADO PLÁGIO

O direito não protege ideias *per se*,³ sendo estas de livre tráfego, não apropriáveis, bens difusos, tampouco protege estilos, mas sim obras, ou caso contrário estaríamos diante de um verdadeiro engessamento quanto ao livre desenvolvimento da cultura, bem como teríamos por cerceada a criatividade humana.⁴

Ninguém pode se apoderar de um determinado gênero musical, como a *bossa nova* por exemplo, ou ainda, um estilo de vanguarda estética, como o *cubismo*, uma vez que não há na legislação autoral qualquer tipo de amparo ou proteção a título individual neste sentido.

No período barroco por exemplo, algumas características estilísticas eram comumente empregadas nas obras⁵: forma binária, ternária (ária *da capo*), rondó, variações (incluindo o baixo *ostinato*, hoje em muito presente nas trilhas sonoras *hollywoodianas*, a chacona e a *passacaglia*), *ritornello* (Claudio Monteverdi com maestria o explora na ópera *L'Orfeo*⁶), entre outros.

A forma e a expressividade dessas obras, porém, são de cunho existencial, sendo a criação de uma obra uma espécie de amálgama entre um aproveitamento cultural e um ato precipuamente individual.

Assim, o Direito Autoral tão somente ampara a ideia já materializada,

3 LDA Art. 8º, I “Não são objetos de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I – as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais”

4 MORAES, Rodrigo. Os direitos morais do Autor. Repersonalizando o Direito Autoral. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 88.

5 BENNETT, Roy. Uma Breve História da Música (History of Music). Rio de Janeiro: Zahar, 1986. trad. Maria Teresa Resende Costa. rev. Luiz Paulo Sampaio. p. 44.

6 Ibid. p. 37. “O Orfeo de Monteverdi, composto em 1607, é de fato a primeira grande ópera, com uma música que realmente acentua o impacto dramático da história. Usando intervalos cromáticos e espaçados na parte do canto, enquanto o acompanhamento fornece inesperadas harmonias, incluindo frequentes dissonâncias, Monteverdi, nas partes recitativas, faz vir à tona todo um plano de fortes emoções. Em sua ópera, existem coros pequenos mas dramáticos, e também peças instrumentais onde introduz corajosamente novas combinações de timbres. Sua orquestra compunha-se de uns 40 instrumentos, amplamente variados (incluindo os violinos, que começavam a tomar o lugar das violas – embora, por algum tempo, tocassem lado a lado)”

polida por características singulares do autor, não havendo que se falar em novidade absoluta, mas sim originalidade objetiva.⁷

Trata-se de um ramo que nasceu para estimular a criação do homem, e não lhe envolver com engessamentos e arestas, permitindo a harmonia e a coexistência de obras semelhantes, sem haver que se falar em conduta plagiária.

O plágio não pode ser tratado com leniência nem tampouco com exagero, devendo haver um especial cuidado até mesmo ao risco de ofensa à honra do autor acusado.⁸

Afinal, como leciona MORAES⁹, tal prática representa a mais condenável ilicitude contra uma determinada propriedade intelectual, mais grave, inclusive, do que a reprodução não autorizada de uma obra, pois abrange questões éticas que perpassam a esfera econômica vinculada a investimentos empresariais.

Trata-se de algo atentatório, em especial, ao direito do autor (infringido) à paternidade, bem como à integridade da respectiva obra, sendo o plagiário aquele infrator que age com a intenção do disfarce, de modo a ludibriar, dissimuladamente, tanto a sociedade como o autor.

A dissimulação é, portanto, um elemento cardeal para a aferição da conduta do plagiador, não havendo que se falar em plágio, por óbvio, nas situações em que o suposto aproveitamento indevido se deveu a razões fortuitas, sem o dolo do infrator.

Deste modo, além das meras influências (características sempre presentes na arte da criação), tanto as coincidências fortuitas, como as reminiscências, devem ser consideradas, *prima facie*, excludentes da configuração de prática plagiária.

O processo criativo inevitavelmente deriva de alguma influência e, portanto, nada impede o aproveitamento de uma obra preexistente para

7 BARBOSA, Denis Borges. Direito de Autor: Questões Fundamentais de Direito de Autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 302. “Assim, a mera disparidade configura novidade, mas é o determinado grau de contribuição que se busca com a noção de originalidade. É exatamente esse requisito que se constrói através da noção de contributo mínimo constitucional.”

8 MORAES, Rodrigo. Op. cit., p. 93.

9 Ibid, p. 85.

a criação de outra. O direito, vale frisar, não exige o absolutamente novo, mas sim o, de alguma forma, original.

Johann Sebastian Bach, por exemplo, por muitos considerado o mais influente compositor de todos os tempos,¹⁰ nunca negou sua admiração e, de certo modo, influência pelas obras de seu contemporâneo Antonio Vivaldi, realizando magníficas transcrições de alguns de seus concertos para cravo, órgão e até orquestra, como o famoso concerto para 04 (quatro) violinos em si menor, RV580.

Seu filho, e também compositor, Carl Philipp Emanuel Bach, embora já dotado de certas influências do período Clássico que estava por advir, ao compor seu Magnificat (Wq 215), não apenas eternizou toda a sua admiração e respeito pelo pai, como verdadeiramente refinou a obra sob a influência das mais avançadas técnicas contrapontísticas¹¹ presentes nas peças deste.

Mais recentemente, o grupo inglês Coldplay admitiu, por meio de seu porta-voz, a influência da música *Ritmo de la Noche*, tema lançado em 2007 pela banda Mystic, em sua canção *Every Teardrop is a Waterfall*, tendo sido os seus respectivos autores creditados, inclusive.

O guitarrista Noel Gallagher, em entrevista à difundida revista *Rolling Stone*, já admitiu a influência da música *The Jean Genie*, de autoria de David Bowie, no terceiro álbum de seu projeto solo High Flying Birds.

No cenário nacional, o compositor Caetano Veloso publicamente assumiu que sua canção “Alegria Alegria”, um hino contra a ditadura, foi veemente influenciada por “A Banda”, de Chico Buarque.

O fundador, e ex-baterista do grupo Sepultura, Iggor Cavalera, ao comentar sobre as características do álbum “Roots” no programa de rádio “Do You Know Jack?”, confirmou a ampla influência de grupos como Korn e Deftones no trabalho apresentado. E inúmeros são os exemplos.

Por sua vez, as coincidências fortuitas, como o próprio nome

10 Segundo o maestro João Carlos Martins, Bach é o que Bill Gates nunca irá conseguir atingir: um computador com alma. Trata-se, na visão do músico, de “um Barroco expressado com mais amor do que o próprio Romantismo”.

11 Contraponto é, do latim ‘punctos contra puntum’ (nota musical contra nota), uma técnica que combina a relação entre duas ou mais melodias independentes empregadas de modo simultâneo.

indica, caracterizam-se como pequenas semelhanças, em um plano absolutamente inconsciente e involuntário, envolvendo determinados elementos de uma obra mais recente, e outra preexistente.¹²

Ela ocorre quando resta inequivocamente comprovado que o criador da obra mais recente não poderia ter obtido prévio acesso ao conteúdo da obra supostamente infringida (ou ao menos, em tempo hábil a lhe permitir cometer a conduta infratora), não havendo que se falar, por conseguinte, em um ato dissimulado, ou sequer intencional.

Trata-se, outrossim, de mais uma excludente de plágio, uma vez que, diante da ausência de dolo ou má-fé, tem-se por afastado o aspecto volitivo quanto à conduta de atribuir a si material alheio.

Segundo POLI¹³, a mera coincidência fortuita distingue-se do plágio justamente por conta da inexistência de ato de elaboração abusiva de uma obra, não cabendo ao Direito impedir o uso de elementos singulares da criação preexistente.

Já na reminiscência, por fim, tem-se uma recordação pretérita, vaga, quase inconsciente, mas que de algum modo se mantém viva na memória das pessoas.¹⁴

No caso da música, seria exemplificativamente como uma influência inconsciente de um pequeno trecho melódico, uma estruturação timbrística específica, uma lógica organizacional de orquestra, uma pequena sucessão harmônica, entre outros. São pequenas influências auditivas do passado.

Este lapso de memória, embora comumente confundido com plágio, deve ser um terceiro excludente de sua configuração, eis que igualmente não imbuído de dolo.¹⁵

12 COLLA, Daniela Câmara. O plágio na obra lítero-musical. Revista ABPI, n. 105, mai/abr, 2010, p. 54-59.

13 POLI, Leonardo Marcedo. Direito Autoral: Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 129.

14 GALVÃO, Helder. Influência, coincidência e reminiscência não são plágio. Revista Consultor Jurídico, 7 de dezembro de 2012.

15 PINHEIRO, Luciano Andrade & PANZOLINI, Carolina Diniz. Vanusa versus Black Sabbath. Uma reflexão sobre o plágio. Artigo publicado em Revista Migalhas, na data de 30.05.2014. <<http://www.migalhas.com.br/PI/99,MI239851,11049-Vanusa+versus+Black+Sabbath+Uma+reflexao+sobre+o+plagio>> Acesso em 12.07.2017.

3. AS DIRETRIZES DA ANÁLISE PERICIAL

Como destaca Eros Roberto Grau, o Direito não serve “*para produzir efeito estético*”,¹⁶ sendo a sensibilidade ao belo algo não pertinente à atuação de um magistrado, no ofício interpretativo da Constituição e demais leis.

Além disso, há uma problemática em relação à beleza, que é o fato de que “*gostos e padrões do que é belo variam imensamente*”, como aduz o historiador Ernst Hans Gombrich.¹⁷

Assim, cabe à figura do perito o papel de auxílio dos juízes, árbitros, e demais julgadores, para que estes possam analisar, de modo mais substancial, a ocorrência – ou não – da conduta fraudulenta.

Diante de uma acusação de plágio musical, incumbir-se-á ao *expert* a condução de uma análise metódica e visceral da estrutura das obras em cotejo, à luz dos elementos e características da música e do som ali presentes, e em observância, não obstante, aos conceitos de *fair use*¹⁸, contributo mínimo¹⁹, domínio público autoral, bem como aos três fatores excludentes aqui já tratados – *i*) influência, *ii*) coincidência fortuita e *iii*) reminiscência.

3.1 Elementos técnicos e características da música e do som

A arte, como dizem os antigos, é a revelação do belo, seja qual for o meio de expressão - seja na esfera plástica, cuja percepção é eminentemente visual (também tátil, em algumas obras de relevo), seja pela música, cuja percepção é auditiva e sequencial, seja através de formas mistas, como o teatro, ópera, balé, cinema, etc.

16 GRAU, Eros Roberto. A música e o Direito. Coluna publicada em jornal O GLOBO, na data de 13.05.2014. <<https://oglobo.globo.com/opiniao/a-musica-o-direito-12465403>> Acesso em 30.09.2017.

17 GOMBRICH, Ernst Hans. A História da Arte. 16ª Ed. Rio de Janeiro: LTC. 1999. Introdução sobre Artes e Artistas.

18 LEITE, Eduardo Lycurgo. Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 49.

19 BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, jan/mar 2018. p. 6-7.

A música, enquanto arte de combinação dos sons, vem sendo cultivada desde os tempos antigos, como por exemplo no caso dos chineses que, há 3.000 anos antes de Cristo, já desenvolviam teorias musicais complexas, como o até hoje utilizado círculo das quintas.

Consta que foi Guido D'Arezzo, célebre músico do século XI, quem deu nomes aos sons musicais, ao aproveitar a primeira sílaba de cada verso do hino a São João Batista ("*Ut*²⁰ *queant laxis, REsonare fibris, MIra gestorum, FAmuli tuorum, SOLve polluti, LABii reatum, Sancte Iohannes*").²¹

À época, um coro de meninos costumava cantar este hino, antes de suas exhibições públicas, rezando para que o santo preservasse suas cordas vocais.²²

O compositor musical, ao escrever determinada peça, combina - conscientemente ou não - diversos elementos musicais e sonoros à sua criação, o que, convencionalmente, pode ser chamado de *estilo*, algo que o difere dos demais, ao tornar - de algum modo - singular a sua forma de expressividade.

Como resultado, vale destacar que será justamente esta forma particular de organização de elementos, e o modo como tais componentes serão tratados, os fatores cardeais de identificação de um determinado artista e o método pelo qual ele transmite a sua arte.

As principais características da 'música', como bem define BOHUMIL²³, são:

- **Melodia:** conjunto de sons dispostos em ordem sucessiva (concepção horizontal).

As melodias, todavia, são constituídas através de frases musicais sujeitas a algumas regras, em uma espécie de sintaxe musical²⁴, cuja estrutura é integrada por elementos como: i) motivo, ii) tema, iii) frase e

20 Convencionalmente, a sílaba Ut foi a posteriori substituída por Dó, dada a dificuldade no canto.

21 MASCARENHAS, Mário & CARDOSO, Belmira. Curso Completo de Teoria Musical e Solfejo. 1º Volume. São Paulo: Irmãos Vitale. 1973. p. 07.

22 Ibid, p. 07.

23 BOHUMIL, Med. Teoria da Música. 4ª Ed. Brasília: Musimed, 1996, p. 11.

24 Ibid, p. 334.

iv) período.

O *motivo* é uma figura musical breve e clara, formada a partir de uma combinação bem definida de intervalos e ritmo, de modo a tornar fácil a sua memorização.

O *tema* é a ideia central de uma composição. É uma melodia bem definida com conteúdo musical significante.

A *frase* é uma unidade da música com senso de conclusão. Sua extensão costuma abranger de 4 a 8 compassos (não é regra absoluta).

O *período* é o trecho normalmente formado por duas frases, a antecedente e a conseqüente, encerrando-se com uma cadência conclusiva.

- **Harmonia:** conjunto de sons dispostos em ordem simultânea (concepção vertical).
- **Contraponto:** conjunto de melodias dispostas em ordem simultânea (concepção ao mesmo tempo horizontal e vertical).
- **Ritmo:** ordem e proporção em que estão dispostos os sons que constituem a melodia e a harmonia.

3.2. Características do som

O 'som' simboliza a sensação que a vibração de corpos elásticos produz no ouvido humano. Trata-se de uma decodificação que o cérebro estabelece a partir de ondas sonoras (vibrações) que atingem os tímpanos, conseqüentemente transformadas em impulsos nervosos.

A vibração regular produz sons de altura definida, enquanto a de natureza irregular, por outro lado, gera sons de altura indefinida, como por exemplo, no caso de uma turbina de avião. Na música, são utilizados tanto sons de altura definida, como também sons irregulares (alguns instrumentos percussivos, por exemplo).

As características principais do som²⁵ são:

25 BOHUMIL, Med. Op. cit., p. 12.

- **Altura:** determinada pela frequência das vibrações, ou seja, da sua velocidade. Quanto maior for a velocidade da vibração, maior será a frequência, assim como a altura e, por conseguinte, mais agudo será o som. Até o século XI era a única característica grafada.
- **Duração:** extensão de um som; é determinada pelo tempo de emissão das vibrações.
- **Intensidade:** amplitude das vibrações; é determinada pela força ou pelo volume do agente que as produz. É o grau do volume.
- **Timbre:** combinação de vibrações determinadas pela espécie do agente que as produz. É como a coloração do som de cada voz ou instrumentação, oriunda da intensidade de harmônicos que acompanham a sonoridade principal.

Tendo em vista serem as propriedades do som representadas também dentro de uma partitura musical, não se pode olvidar que a análise pericial deverá ser feita tanto pela via auditiva do *expert*, como pelo critério da escrita.

Deste modo, em uma partitura, o elemento da *altura* é indicado pela clave, bem como pela posição da nota no pentagrama, a *duração* por meio da figura da nota e pelo andamento, a *intensidade* através dos sinais de dinamismo e, por fim, o timbre é estabelecido pela indicação da voz ou instrumento executante.

3.3 As noções de Domínio Público Autoral, *fair use*, originalidade objetiva e o requisito do contributo mínimo

Existem certos conceitos que, embora desenvolvidos de forma mais substancial na seara jurídica, não devem passar despercebidos por quem for incumbido a exercer o papel de periciar um caso de plágio musical, de modo a evitar malferimento no procedimento técnico.

Neste sentido, se um julgador designado, enquanto *peritus peritorum*

(perito dos peritos), entender que as noções a seguir expostas não estão presentes na esfera de conhecimento do *expert* escolhido, prudente seria determinar a substituição do mesmo, sob pena de incidência do *contradictio in adjecto*.²⁶

Afinal, a faculdade prevista no art. 468, inciso I do NCPC²⁷ torna-se um dever, na medida em que há sérios riscos de prejudicialidade no resultado da demanda.

A concepção de *domínio público* não pode ser limitada ao segmento autoral, ou ainda à esfera constitucional, uma vez que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁸ destaca como objetivos do homem tanto a participação no progresso científico, como a fruição das artes e do acervo cultural da comunidade, objetivos estes que diretamente dele dependem.²⁹

O mesmo dispositivo, contudo, igualmente prevê como direito do homem a “*proteção dos interesses morais e patrimoniais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística de sua autoria*”, o que, por óbvio, acaba por gerar um conflito em face dos interesses anteriormente expostos, e de certas garantias constitucionais previstas como o acesso à informação, cultura, entre outros.

Não obstante, a noção de *domínio público* na esfera autoral tampouco pode ser categorizada sob o prisma do direito administrativo, eis que, por exemplo, diferentemente do que ocorre com os *Bens Dominicais*,³⁰ o seu uso fica livre a qualquer pessoa, independentemente de autorização.³¹

Quanto maior for a extensão desse conjunto de obras cuja proteção

26 ALBERTO FILHO, Reinaldo Pinto. Da Perícia ao Perito. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 34.

27 CPC/15 Art. 468, I. “O perito pode ser substituído quando: I - faltar-lhe conhecimento técnico ou científico”

28 DUDH, art. 27. “1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam” 2. Todos têm direito à protecção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria.”

29 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 78.

30 CC/02 Art. 101 “Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”.

31 BRANCO, Sérgio. O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 55.

jurídica já tenha expirado, maior será o “*manancial para a (re)criação livre*”.³²

O início da proteção ao direito do autor, como cedição, não depende de providência formal específica, derivando do próprio ato de criação em si. Qualquer registro, portanto, possui tão somente o condão de instruir uma eventual prova de autoria.³³

Havendo conflito entre um registro e a utilização de determinada obra, esta última prevalece – desde que anterior ao primeiro – haja vista que a “*titularidade do direito autoral tem como fato gerador a criação da obra, que é a forma originária de criação do direito subjetivo*”, possuindo o registro posterior “*natureza declaratória e não constitutiva*”.³⁴

Atualmente, tem-se como regra geral – sendo a composição musical aqui abarcada - um prazo de proteção de 70 (setenta) anos contados a partir do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento do autor, como dispõe o artigo 41 da LDA.³⁵

Finda a proteção supramencionada, seja pelo decurso de prazo, ou por ausência de herdeiros do autor falecido, ingressam em domínio público os direitos patrimoniais de determinada obra musical, remanescendo uma parcela dos direitos existenciais, cuja ‘titularidade’ e o poder-dever de proteção à integridade passam a ser do Estado.

Essa proteção estatal, como bem destaca BARBOSA³⁶, não deve, contudo, impor maiores limitações à transformação criativa, sob pena de eivar o acesso à informação e cultura.

Vale lembrar que são justamente as experiências culturais que ajudam a pavimentar a integração social dos indivíduos e, ainda, promovem o desenvolvimento integral de suas personalidades.³⁷ Logo, a transformação criativa é justamente uma das principais razões de existência do domínio público.

32 Ibid, p. 57.

33 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 25.

34 TJ-RJ, 3ª Câmara Cível, Rel. José Rodriguez Lema, AC 4.865/RJ, J. 26/02/1991.

35 LDA Art. 41 “Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil”

36 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 85-86.

37 ROCHA, Allan. Direitos Culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Azougue, 2012. p. 46-47.

Embora o domínio público autoral represente uma ampla segurança à liberdade de se expressar da sociedade, se totalmente irrestrito o fosse, ter-se-ia verdadeiramente uma ameaça ao modelo de produção de mercado, que, por sua vez, insistiria em esvaír o seu conteúdo.³⁸

A solução, conseqüentemente, é a proteção temporária - e por certas condições - no uso de determinada expressão criada, de sorte a equilibrar os interesses dos díspares grupos envolvidos na esfera do direito autoral.³⁹

Afinal, o quão danoso poderia ser para a sociedade e o progresso cultural, se cada um dos herdeiros de Bach, Vivaldi, Chopin, e Fauré precisassem ser localizados para que houvesse uma licença de uso de suas obras?⁴⁰

E, não obstante, em relação às obras que ainda não integram o domínio público autoral, seria razoável imaginar uma exclusividade absoluta por parte dos autores, capaz de minar todo e qualquer tipo de aproveitamento de suas obras, ainda que este não implicasse em prejuízo aos seus direitos de propriedade?

A resposta para a esta última situação emana justamente a partir da inserção das chamadas “limitações” aos direitos de autor, ou, *“hipóteses em que uma determinada obra artística ou literária, ainda no prazo de proteção legal, pode ser livremente utilizada, sem a anuência prévia de seu autor ou titular”*.⁴¹

38 BARBOSA, Denis Borges. Op. Cit. p. 562.

39 “A famosa teoria peninsular acerca do perfil poliédrico na Teoria da Empresa é maciçamente explorada pela doutrina nacional, de modo a aumentar o objeto de enfoque (sujeito de direito, objeto de direito, atividade, viés corporativo, etc). Entretanto, já se propôs em algumas oportunidades a expansão de tal premissa visando à aplicação extroversa do tal perfil de “múltiplos lados”; o que, no ambiente da Propriedade Intelectual, implicaria no cotejamento dos núcleos de interesses (além do titular ou do autor) dos não-titulares (Poder Público fomentador ou comprador monopsonio, Concorrentes e Consumidores). BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. A práxis conflituosa sobre a proteção do dossiê clínico para medicamentos de uso humano no Brasil: Prognósticos e políticas públicas. Revista ABPI, n. 146, jan/fev, 2017, p. 40.

40 KRASILOVSKY, William & SHEMEL, Sidney. This Business of Music: The definitive guide to music industry. New York: Billboard Books, Watson-Guption Publications, 2000. p. 134.

41 VASCONCELOS, Cláudio Lins. As limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro. Revista ABPI, n. 119, jul/ago, 2012, p. 49.

O *fair use*, ou *usage loyal*,⁴² é um instituto desenvolvido no sistema norte-americano como uma forma de flexibilização em relação às violações autorais perpetradas, funcionando em uma sistemática de balanceamento entre a proteção aos autores e o interesse público de acesso às respectivas obras.⁴³

Trata-se de uma ‘tolerância’ quanto à possibilidade de alguns usos livres, sem que isso implique em qualquer tipo de risco aos interesses do criador originário ou dos titulares dos direitos patrimoniais.

Deste modo, o *fair use* representa um conceito desenvolvido a partir de um princípio geral da esfera autoral, calcado na equidade e regido por preceitos morais e éticos, como bem atenta LEITE.⁴⁴

No ordenamento jurídico nacional, embora não haja menção expressa à utilização do chamado *fair use*, o legislador, talvez de algum modo por ele influenciado, buscou impor limitações quanto à exclusividade dos direitos de propriedade autoral.

Assim, tais hipóteses são tratadas, não taxativamente,⁴⁵ ao longo dos artigos 46 a 48 da LDA e representam a valorização de direitos e garantias fundamentais em detrimento parcial da exclusividade dos direitos de propriedade do autor.⁴⁶

O entendimento *supra*, vale ponderar, embora majoritário, não é unânime.⁴⁷

Um exemplo deveras pertinente para o estudo aqui desenvolvido, e

42 Referência na doutrina francesa.

43 LEITE, Eduardo Lycurgo. Op. cit., p. 49.

44 Ibid, p. 50.

45 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 30-31.

46 “Ora, se as limitações de que tratam os arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98 representam a valorização, pelo legislador ordinário, de direitos e garantias fundamentais frente ao direito à propriedade autoral, também um direito fundamental (art. 5º, XXVII, da CF), constituindo elas - as limitações dos arts. 46, 47 e 48 - o resultado da ponderação destes valores em determinadas situações, não se pode considerá-las a totalidade das limitações existentes.” STJ, 3ª Turma, Voto do Min. Relator Paulo de Tarso Sanseverino, REsp nº 964404/ES, Brasília, J. 15/03/2011.

47 “(...) É uma vez que a regra é impedir a livre utilização das obras sem o consentimento do autor, as exceções previstas pela LDA em seu art. 46 são interpretadas como rol taxativo, ou seja, é inadmissível qualquer exceção não indicada explicitamente no referido artigo” PARANAGUÁ, Pedro & BRANCO, Sérgio. Direitos Autorais. 1ª Ed. Rio de Janeiro: EDITORA FGV, 2009. p. 72.

que decerto não pode ser ignorado pelo crivo engendrado nos trabalhos periciais, é o aproveitamento lícito de pequenos trechos de obras preexistentes, para uma nova criação.

Para isso, contudo, há que se observar o que parte da doutrina classifica como a regra dos três passos (*“three step test”*), ou, em outros termos, que *i*) o material utilizado não seja o objetivo principal da obra, *ii*) a referida utilização não prejudique a exploração normal da obra reproduzida, e também *iii*) não cause injustificado prejuízo aos legítimos interesses autorais.⁴⁸

Não obstante, existem outros elementos a serem considerados pelo perito musical para fins de aferição quanto à ocorrência do plágio, como a *originalidade* das obras – sob o prisma do direito de autor – e o *contributo mínimo* ali configurado, afinal, somente se deve proteger obras cuja produção *“justifique o custo social da exclusão”*.⁴⁹

A originalidade de uma obra autoral deve ser condição para a sua existência, de sorte a torná-la, intrínseca e extrinsecamente, díspar frente ao material inserido tanto no campo do domínio público, como junto ao estado da arte.

Conforme já mencionado, este requisito não se apresenta sob o caráter absoluto, uma vez que é praticamente impossível evitar que não haja um aproveitamento, ainda que em grau mínimo, do acervo cultural comum.⁵⁰

Aliás, justamente sob o prisma desta relatividade é que obras derivadas, como um arranjo ou uma transcrição musical por exemplo, encontram proteção semelhante às peças originárias, se previamente autorizadas o forem.⁵¹

A originalidade, ainda, deve ser ruminada por um viés objetivo, em

48 LDA Art. 46, VIII “Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”

49 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 493.

50 BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. Rio de Janeiro: 6ª Ed. Forense. p. 47.

51 Ibid, p. 47.

observância a uma exigência constitucional de que a obra represente “*um aporte à sociedade de algo a mais do que o simplesmente novo*”.⁵²

Até porque, em termos históricos, cada forma de arte comporta épocas críticas, onde ela tende a produzir efeitos somente após uma modificação do nível técnico.⁵³

Deve haver – e, por óbvias razões, disso não pode se afastar o crivo de um perito – um equilíbrio razoável entre a proteção jurídica atribuída a um criador e o material contributivo que a sua obra proporciona à sociedade e demais agentes integrantes da seara autoral.⁵⁴

Este equilíbrio é uma salvaguarda ao conceito de “*consciente coletivo*” trazido por Durkheim, como bem atenta Carolina Tinoco Ramos⁵⁵, afinal, “*Ninguém se pode dar completamente a outrem sem abandonar a si mesmo; ninguém pode desenvolver em excesso sua personalidade sem cair no egoísmo*”.⁵⁶

Segundo o professor Denis Barbosa, o princípio do *contributo mínimo* representa um elemento basilar, necessário para toda e qualquer obra integrante da esfera da propriedade intelectual, embora não se trate de um requisito cuja essência, na esfera autoral⁵⁷, emane de construção normativa.⁵⁸

Tal requisito aparece tanto na doutrina como na jurisprudência⁵⁹, simbolizando, como bem asseverou a 6ª Câmara Cível do Tribunal de

52 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 299.

53 “Por isso, os exageros e extravagâncias que se manifestam nas épocas de pretensa decadência nascem, na realidade, do que constitui, historicamente, o centro de forças mais rico da arte. BENJAMIN, Walter. A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica. In: ADORNO et al. Teoria da Cultura de massa. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 248.

54 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 300.

55 RAMOS, CT. O Contributo Mínimo em Direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro. 2010. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

56 DURKHEIM, Émile. Da Divisão do Trabalho. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999. trad. Eduardo Brandão. p. 230.

57 Existe disposição normativa explícita quanto ao contributo mínimo no caso dos direitos de cultivares e patentes.

58 BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., p. 307.

59 Ibid, p. 305.

Justiça do Rio Grande do Sul⁶⁰, o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida por direito de autor.

O relator, na ocasião, destacou seu *status* de norma constitucional, mormente devido a sua qualidade enquanto ângulo do balanceamento entre o exclusivo autoral e o acesso à cultura.

Vê-se, portanto, que muitos são os fatores a serem balizados por um trabalho pericial na análise das obras envolvidas em uma ação de plágio musical, não devendo o profissional designado restringir-se aos meros elementos técnicos concernentes às esferas da música e do som.

Como igualmente observado, deve haver plena percepção quanto aos possíveis fatores excludentes de sua ocorrência, quais sejam as influências, coincidências fortuitas e reminiscências.

E, *at last but not least*, a análise deve ser calcada à égide das noções conceituais aqui expostas (*domínio público, 'fair use', originalidade objetiva e contributo mínimo*) que, embora mais estruturalmente desenvolvidas sob a esfera jurídica, não podem passar despercebidas ao polo cognitivo do perito, sob risco de mácula ao equilíbrio que permeia – ou ao menos deveria – todas as classes envolvidas no ramo autoral.

4. CONCLUSÃO

Combinar música e direito pode parecer, *prima facie*, tão possível quanto misturar água e óleo, uma vez que a primeira é arte, e o segundo uma prudência.⁶¹

Diante de um cenário de extrema complexidade, vazio normativo,

60 TJ-RS, 6ª Câmara Cível, Rel. Ney Wiedemann Neto, AC nº 700.458.230-44/RS, j. 08/11/2012.

61 “Aristóteles ensinou-nos que o princípio de existência da arte está no artista, não na coisa produzida. A arte não se ocupa com as coisas que são ou se geram por necessidade. Nem com os seres naturais, que encontram em si mesmos seu princípio. O Direito, ao contrário, é uma prudência. Não é ciência nem arte. É capacidade, acompanhada de razão, de agir na esfera do que é bom ou mau para o ser humano. Razão intuitiva que não discerne o exato, porém, o correto. Por isso, há sempre, no texto da Constituição e das leis, mais de uma solução correta a ser aplicada a cada caso, nenhuma exata” GRAU, Eros Roberto. A música e o Direito. Coluna publicada em jornal O GLOBO, na data de 13.05.2014. <<https://oglobo.globo.com/opiniao/a-musica-o-direito-12465403>> Acesso em 30.09.2017.

ausência de uma maior parametrização objetiva prática, que envolve profissionais das mais distintas áreas técnicas (compositores, agentes, advogados, juízes, entre outros), o presente artigo se propôs a, de algum modo, solidificar as principais balizas a serem enfrentadas no crivo analítico de um perito musical, de sorte a não macular o equilíbrio que permeia o poliédrico de classes inseridas na seara do direito autoral.

Baseando-se em uma observância técnica, doutrinária e jurisprudencial, pode-se constatar que, a despeito de algumas pequenas divergências quanto aos limites que orbitam ao redor da prática do plágio (mormente quanto à dicotomia plágio x usurpação), resta-se quase uníssono a presença da intenção como requisito-chave para a sua configuração.

Assim, os conhecimentos de um *expert* designado a auxiliar o julgador não podem se adstringir aos de cunho absolutamente técnico.

Caberá ao mesmo, além de um meticuloso estudo comparativo entre as obras em cotejo, analisar se há – ou não – a presença de algum dos excludentes da conduta plagiária, bem como se a obra precedente – ou seu respectivo trecho em comparação – confere à sociedade suficiência contributiva a justificar qualquer eventual privação social de aproveitamento.

REFERÊNCIAS

ALBERTO FILHO, Reinaldo Pinto. *Da perícia ao perito*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2ª Ed. São Paulo: Renovar, 2007.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito de autor: questões fundamentais de direito de autor*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito Civil da Propriedade Intelectual: O caso da usucapião de patentes*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *A práxis conflituosa sobre a proteção do dossiê clínico para medicamentos de uso humano no Brasil: Prognósticos e Políticas Públicas*. Revista ABPI, n. 146, jan/fev, 2017.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Originalidade em crise*. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, jan/mar 2018.

BENJAMIN, Walter. *A obra de arte na época de sua reprodutibilidade técnica*. In: ADORNO et al. Teoria da Cultura de massa. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BENNETT, Roy. *History of music*. Rio de Janeiro: Zahar, 1986. trad. Maria Teresa Resende Costa. rev. Luiz Paulo Sampaio.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 6ª Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BOHUMIL, Med. *Teoria da música*. 4ª Ed. Brasília: Musimed, 1996.

BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

COLLA, Daniela Câmara. *O plágio na obra lítero-musical*. Revista ABPI, n. 105, mai/abr, 2010.

Código de Processo Civil de 2015 - CPC/15.

Código Civil de 2002.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88.

Declaração Universal dos Direitos Humanos.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1999. trad. Eduardo Brandão.

GALVÃO, Helder. *Influência, coincidência e reminiscência não são plágio*. [S.l]: Revista Consultor Jurídico, 7 de dezembro de 2012.

GOMBRICH, Ernst Hans. *A história da Arte*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: LTC. 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A música e o direito*. Coluna publicada em jornal O GLOBO, na data de 13.05.2014. < <https://oglobo.globo.com/opiniaao/a-musica-o-direito-12465403>> Acesso em 22.07.2017.

MASCARENHAS, Mário & CARDOSO, Belmira. *Curso completo de teoria musical e solfejo*. 1º Volume. São Paulo: Irmãos Vitale.

Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Plágio e outros estudos em direito de autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KRASILOVSKY, William & SHEMEL, Sidney. *This Business of Music: The definitive guide to music industry*. New York: Billboard Books, Watson-Guptill Publications, 2000.

MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

PARANAGUÁ, Pedro & BRANCO, Sérgio. *Direitos autorais*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: EDITORA FGV, 2009.

PINHEIRO, Luciano Andrade & PANZOLINI, Carolina Diniz. **Vanusa versus Black Sabbath. Uma reflexão sobre o plágio**. Artigo publicado em Revista Migalhas, na data de 30.05.2014. <<http://www.migalhas.com.br/PI/99,MI239851,11049-Vanusa+versus+Black+Sabbath+Uma+reflexao+sobre+o+plagio>> Acesso em 12.07.2017.

POLI, Leonardo Marcedo. *Direito autoral: Parte Geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RAMOS, CT. *O contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro*. 2010. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

ROCHA, Allan. *Direitos culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue, 2012.

STJ, 3ª Turma, Voto do Min. Relator Paulo de Tarso Sanseverino, REsp nº 964.404/ES, Brasília, J. 15/03/2011.

TJ-RJ, 3ª Câmara Cível, Rel. José Rodriguez Lema, AC 4.865/RJ, J. 26/02/1991.

TJ-RS, 6ª Câmara Cível, Rel. Ney Wiedemann Neto, AC nº 700.458.230-44/RS, J. 08/11/2012.

VASCONCELOS, Cláudio Lins. *As limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro*. Revista ABPI, n. 119, jul/ago, 2012.

