



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**GABRIEL DE JESUS ABADE**

**ENTRE A LIMITAÇÃO E A EFETIVIDADE**  
**DO DIREITO DE RETIRADA DO AUTOR**

Salvador  
2018

**GABRIEL DE JESUS ABADE**

**ENTRE A LIMITAÇÃO E A EFETIVIDADE  
DO DIREITO DE RETIRADA DO AUTOR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério de Oliveira Filho

Salvador  
2018

**GABRIEL DE JESUS ABADE**

**ENTRE A LIMITAÇÃO E A EFETIVIDADE DO DIREITO DE  
RETIRADA DO AUTOR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em 01 de março de 2018.

**Banca Examinadora**

João Glicério de Oliveira Filho (Orientador) \_\_\_\_\_

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Advocacia Empresarial pelas Faculdades Jorge Amado. Mestre e Doutor pela Universidade Federal da Bahia. Pós-doutorando pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito, dentre outras instituições. Coordenador geral de cursos e professor da especialização da Fundação Faculdade de Direito da Bahia/UFBA.

Rodrigo Moraes \_\_\_\_\_

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Privado e Econômico pela UFBA. Doutorando em Direito Civil na Universidade de São Paulo (USP). Advogado. Procurador do Município de Salvador. Professor de Direito Civil, Direito Autoral e Propriedade Industrial da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Presidente fundador do Instituto Baiano de Direito Intelectual (IBADIN) - 2009/2011 e 2011/2013.

Técio Spínola Gomes \_\_\_\_\_

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia com período sanduíche na Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Dedico o presente trabalho a todos familiares e amigos que me incentivaram nesses últimos meses e compreenderam a minha ausência. Em especial, à minha mãe, Roquelina, que sempre me ensinou ser o conhecimento o maior valor humano, o qual ninguém jamais poderia tirar de mim.

Dedico, ainda, à Universidade Federal da Bahia e a todos que a compõem: professores, alunos e funcionários. Estudar em uma universidade pública, de excelência, me permitiu abrir os horizontes e crescer, tanto pessoal quanto profissionalmente.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, Carlos, por ter me ensinado que títulos, cargos, funções, dinheiro nada valem se não se souber tratar o próximo de forma igual, simples, respeitosa.

À minha mãe, Roquelina, por sempre ter acreditado em mim e no meu potencial, até mesmo quando eu dele duvidava.

À minha prima-irmã, Rosana, por estar sempre presente em minha vida, torcendo quando das vitórias e consolando quando das derrotas.

A Julia Merle, minha companheira, pela sorte de termos nos conhecido e por sempre enxergar o melhor em mim.

Aos irmãos que o Vieira me deu: Vinícius Abreu, Aman Almeida, Caio Dourado e Felipe Diniz. Sem vocês, a vida não teria a menor graça.

Ao Rotary International, por ter me oportunizado, ainda adolescente, morar fora do país e abrir os olhos para um mundo muito maior do que imaginava.

Aos meus queridos amigos da Egrégia: Cássio Rauédys, Davi Souza, Fernando Rodrigues, Luiz Henrique, Karina Azevedo, Juliana Moinhos, Laise Duarte, Marluze Pereira, Mateus Almeida, Pedro Moura e Fernando Lôbo. Vocês fizeram esses anos na FDUFBA verdadeiramente especiais.

Ao meu orientador, João Glicério de Oliveira Filho, por ter aceitado me orientar e me incentivado a escrever sobre um tema e uma área do direito, com os quais, até Outubro de 2017, tinha pouca (ou nenhuma) proximidade.

Àquele que foi praticamente um coorientador, Rodrigo Moraes, por ter me estimulado e emprestado a bússola, com a qual poderia seguir o meu próprio caminho.

Aos inúmeros e incontáveis amigos e familiares que fazem parte da minha vida e contribuem para que, dia a dia, possa me tornar uma pessoa melhor.

Enfim, minha eterna gratidão a todos que, direta ou indiretamente, em maior ou menor grau, passaram por minha vida e deixaram um pouco de si.

Muito obrigado.

*AUTOPSILOGRAFIA*

*O poeta é um fingidor  
Finge tão completamente  
Que chega a fingir que é dor  
A dor que deveras sente*

*E os que lêem o que escreve,  
Na dor lida sentem bem,  
Não as duas que ele teve,  
Mas só a que eles não têm.*

*E assim nas calhas de roda  
Gira, a entreter a razão,  
Esse comboio de corda  
Que se chama coração.*

*- Fernando Pessoa*

ABADE, Gabriel de Jesus. **Entre a Limitação e a Efetividade do Direito de Retirada do Autor**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo explorar o Direito Moral de Retirada do Autor, analisando (e problematizando) as limitações que lhe são comumente impostas e os efeitos delas decorrentes. Através de premissas teóricas, pesquisa doutrinária, exame comparativo de ordenamentos jurídicos e análises casuísticas, tenta-se distinguir a limitação devida da excessiva, assegurando, assim, a efetividade do direito. Essa busca pela limitação adequada, essa tentativa de conciliação entre os dois extremos, não ignoram os interesses que se contrapõem ao do autor, a saber dos terceiros co-contratantes e da coletividade. Não se olvida, tampouco, o clássico embate entre os sistemas de *droit d'auteur* e *copyright*, filiando-se ao primeiro. Ao considerar todos esses interesses, propõem-se algumas diretrizes de harmonização, sem, contudo, descartar o protagonismo que compete ao criador intelectual. Referido protagonismo conduz a uma percepção mais ampla do direito de retirada, afastando-o da noção de arrependimento frequentemente difundida.

**Palavras-chave:** Direito de Retirada. Direitos Morais. Interesse Coletivo. Limitação. Efetividade.

ABADE, Gabriel de Jesus. **Halfway between the Restriction and the Effectiveness of the Author's Right of Withdrawal**. Bachelor's Thesis - Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2018.

## ABSTRACT

The present work aims to explore the Author's Moral Right of Withdrawal by analyzing and deeply considering the restrictions often imposed and their outcome. Through theoretical premises, doctrinal research, comparative analysis of different national laws and several case studies, it is sought to distinguish between the proper and the extreme restriction, while always trying to preserve the effectiveness of the right. In this quest for the adequate restriction, whilst attempting to reconcile those two extremes, the opposing interests are not overlooked, i.e. from the publisher (and other contractual parties) as well as the ones from the public. Neither neglected is the classical conflict between the two systems (*droit d'auteur* x *copyright*), having this work chosen to embrace the former concept. After taking all these different interests into account, some directives of harmonization are proposed. Nevertheless, in doing so, the creator's protagonism isn't forgotten nor ignored. This referred protagonism leads to a broader idea of the moral right in question, separating it from the frequent disseminated notion of regret.

**Keywords:** Right of Withdrawal. Moral Rights. Public Interest. Restriction. Effectiveness.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>2</b>	<b>DIREITO DE AUTOR</b> .....	12
2.1	A CRIAÇÃO INTELLECTUAL COMO BEM INCORPÓREO.....	12
2.2	BREVE HISTÓRICO.....	15
2.3	NATUREZA JURÍDICA .....	19
<b>2.3.1</b>	<b>Teoria do Direito de Propriedade</b> .....	20
<b>2.3.2</b>	<b>Teoria do Direito da Personalidade</b> .....	22
<b>2.3.3</b>	<b>Teoria do Direito Pessoal-Patrimonial</b> .....	24
2.4	OBJETO DE PROTEÇÃO E TITULARIDADE ORIGINÁRIA .....	26
<b>3</b>	<b>DOS DIREITOS DE AUTOR EM ESPÉCIE</b> .....	30
3.1	DIREITOS MORAIS .....	30
<b>3.1.1</b>	<b>Evolução histórica</b> .....	31
<b>3.1.2</b>	<b>Características</b> .....	33
<b>3.1.3</b>	<b>Dos direitos morais propriamente ditos</b> .....	35
3.2	DIREITOS PATRIMONIAIS .....	38
3.3	DA INTERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS .....	41
3.4	DOIS SISTEMAS EM CONFLITO.....	44
3.5	DA TENSÃO ENTRE O INTERESSE DO AUTOR E O INTERESSE DA COLETIVIDADE.....	47
<b>4</b>	<b>O DIREITO MORAL DE RETIRADA</b> .....	54
4.1	TERMINOLOGIA E CONCEITO.....	54
4.2	REQUISITOS.....	57
<b>4.2.1</b>	<b>Da necessidade de indenização</b> .....	58
<b>4.2.2</b>	<b>Objeto da retirada</b> .....	62
<b>4.2.3</b>	<b>Da motivação</b> .....	63
<b>4.2.4</b>	<b>Da personalidade</b> .....	68
<b>4.2.5</b>	<b>Da reinserção e do contratante originário</b> .....	69
4.3	DAS CRÍTICAS E DO INTERESSE COLETIVO CONTRAPOSTO .....	70
4.4	CASOS EMBLEMÁTICOS.....	75
4.5	A CONJUNTURA BRASILEIRA .....	81
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	87
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	89

## 1 INTRODUÇÃO

“Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.”. Assim prevê o art. 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>1</sup>, levando muitos autoristas a apontar o direito de autor como pertencente à categoria dos direitos humanos. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), por sua vez, em seu artigo 17, afirma ser protegida a propriedade intelectual<sup>2</sup>, ramo do direito em que se insere também o Direito Autoral.

Percebe-se, por conseguinte, através da citação destes corpos normativos, uma tendência a reconhecer os “direitos intelectuais”<sup>3</sup> como direitos fundamentais ou até mesmo humanos. Neste último caso, assim como o direito à vida e à liberdade, os interesses do criador seriam considerados direitos humanos e, conseqüentemente, inatos e universais<sup>4</sup>.

Inúmeras são as críticas à concepção do direito de autor enquanto direito humano. José de Oliveira Ascensão aponta que, para se falar em direito humano, é necessário averiguar se “a pessoa e as exigências de realização desta supõem incondicionalmente a atribuição de direitos autorais”<sup>5</sup>. Conclui que os direitos autorais patrimoniais não são uma exigência da pessoa humana e que os direitos pessoais eticamente fundados já estariam protegidos pelo Direito da Personalidade<sup>6</sup>.

Delia Lipszyc sustenta posição contrária, a qual adiante se transcreve:

*La inclusión del derecho de autor entre los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, importa el*

<sup>1</sup> UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: <unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>2</sup> PARLAMENTO EUROPEU. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000)**. Disponível em: <www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\_pt.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>3</sup> Quanto à divergência terminológica e à preferência pela expressão supra, cf. COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008, p. 24.

<sup>4</sup> NAÇÕES UNIDAS. **O que são os direitos humanos?** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>5</sup> JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). **Direito Autoral – Propriedade Intelectual – Série GV Law**. Saraiva: São Paulo, 2014, p. 28.

<sup>6</sup> Ibid., p. 28-30.

*reconocimiento de que se trata de un atributo inherente al ser humano y que, como tal, su protección adecuada y eficaz no puede ser desconocida.*<sup>7</sup>

Embora o presente trabalho não tenha por escopo discutir eventual imbricação entre o direito de autor e os direitos humanos, considera-se imprescindível breve inflexão. A autonomia do Direito de Autor já se encontra consolidada em terra pátria desde 1973, tendo sido suas normas apartadas do Código Civil a partir da Lei nº 5.988.

Um dos argumentos legitimadores da referida autonomia seria o fato do direito civil constituir o “direito dos comuns”, abranger todas as pessoas de determinada comunidade. O direito de autor, por outro lado, contemplaria grupo mais reduzido, qual seja: apenas aquelas pessoas que criam obras intelectuais e, a partir da criação, passam a titularizar relações com elas e em virtude delas. Nem todos seriam, assim, criadores.

Embora se deva consentir que nem todos os membros da sociedade criam, deve-se reconhecer que nada impede que todos eles venham a criar. Nada obsta determinado indivíduo, com 70 anos de idade, de escrever o seu primeiro livro, compor sua primeira música ou pintar a sua primeira tela, oportunidade em que, pelo próprio ato de criação, tornar-se-á autor, preenchidos sempre os requisitos legais. Marisela Lopez, parafraseando Roldán Barbero, assim também se manifesta:

*El indicado argumento de negar la esencialidad del derecho de autor, por considerar que no toda persona crea o produce arte, conduce a la peligrosa conclusión de relativizar todos aquellos derechos fundamentales que por diversas razones no son ejercitados por todos los ciudadanos (por ejemplo, la libertad de reunión, la libertad de cátedra o la libertad sindical).*<sup>8</sup>

É como se o ser humano tivesse, guardada em si, a “semente da criação”, sendo desconhecidas as causas de eventual florescimento. O próprio Ascensão, contrário à teoria do direito de autor como direito humano, afirma, no primeiro capítulo (introdução), na primeira

<sup>7</sup> LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos (Versão Kindle)**. 1. ed. digital. Bogotá: CERLALC, 2017, pos. 534. “A inclusão do direito de autor, entre os direitos fundamentais, nas constituições nacionais, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, importa o reconhecimento de que se trata de um atributo inerente ao ser humano e que, como tal, sua adequada e eficaz proteção não pode ser ignorada” (tradução livre).

<sup>8</sup> LOPEZ, Marisela Gonzalez. **El derecho moral del autor en la ley española de propiedad intelectual**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1993, p. 99 apud MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 11. “O referido argumento que nega a essencialidade do direito de autor, por considerar que nem toda pessoa cria ou produz arte, conduz à perigosa conclusão de relativizar todos aqueles direitos fundamentais que, por diversas razões, não são exercitados por todos os cidadãos (por exemplo, a liberdade de reunião, a liberdade de cátedra ou a liberdade sindical)” (tradução livre).

linha, do seu livro “Direito Autoral”, que “o homem, à semelhança de Deus, cria”<sup>9</sup>. Parece, outrossim, reconhecer este potencial criativo como um dado a todos inerente.

Sejam todos criadores reais ou potenciais, fato é que a obra só existe por causa do autor e em virtude de sua atuação. Sem autor, não há obra, nem direitos ou interesses de terceiros. Ou, ainda, nos dizeres de Antonio Carlos Morato: “sem o autor, não existe cultura”<sup>10</sup>. Por outro lado, sem obra, não há autor. É através da obra, de sua criação intelectual, que ele se realiza e se compreende. Externa suas inquietações, angústias, alegrias, decepções, esperanças. A obra permite que o Homem-Autor conecte-se consigo mesmo e com as demais pessoas, em uma intensa relação de troca, dificilmente traduzível em palavras.

Consciente do seu protagonismo e de sua importância; de que não haveria “direito de autor” sem ele próprio; de que a proteção dos direitos do autor interessa a todos, mediata ou imediatamente; de que a obra nada mais é do que o “reflexo, prolongamento, irradiação, manifestação do seu espírito criativo”<sup>11</sup>; que se pretende estudar o direito moral de retirada, também conhecido como direito de arrependimento.

As divergências sobre os direitos morais do autor são inúmeras, sobretudo em virtude do embate existente entre os sistemas de *copyright* e de *droit d’auteur*. Dentre os direitos morais, talvez seja o direito de retirada o mais gravoso, o que torna ainda mais desafiador o seu estudo.

A Convenção de Berna de 1886, tratado multilateral mais antigo e de maior nível de proteção, em seu artigo *6bis*, consagra expressamente apenas dois direitos morais: direito de paternidade e direito à integridade<sup>12</sup>. O Acordo TRIPs (1994), por sua vez, em seu artigo 9, isenta seus Membros de quaisquer direitos ou obrigações fundadas no artigo *6bis* da Convenção de Berna<sup>13</sup>.

Percebe-se, desta maneira, o quão escorregadio é o percurso de defesa dos direitos morais do autor, sobretudo do direito de retirada. Apenas algumas legislações nacionais o

<sup>9</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 3.

<sup>10</sup> Com referidas palavras, iniciou Antonio Morato sua participação no seminário “Direito autoral no século XXI”, ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, nos dias 18 e 19 de outubro de 2017.

<sup>11</sup> MORAES, op. cit., p. 7.

<sup>12</sup> UNESCO. **Convenção de Berna**. Disponível em: <[www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil\\_conv\\_berna\\_09\\_09\\_1886\\_por\\_orof.pdf](http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_orof.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

<sup>13</sup> INPI. **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio**. Disponível em: <[www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

reconhecem expressamente. Muitas, embora o reconheçam, impõem condicionantes tais que acabam por inviabilizá-lo. A limitação excessiva se traduz em inefetividade.

O presente trabalho irá centrar-se na análise detida do direito moral de retirada. Explorar-se-ão o seu conceito e terminologia, críticas normalmente tecidas, o choque com os interesses contrapostos, casos emblemáticos e a conjuntura brasileira. O foco principal será, no entanto, a problemática da limitação do direito de retirada.

Deve ele ser limitado? De que forma e até que ponto? Qual tipo de limitação atinge o seu núcleo e o desnatura? Tomar-se-á a atual Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) como exemplo, ponderando acerca da limitação por ela imposta e, inclusive, confrontando-a com a lei que lhe precedeu (Lei nº 5.988/73). Referidas leis, contudo, servirão apenas como baliza a dar maior concretude ao problema, não constituindo o problema em si, que neste trabalho é *a priori* e se pretende atemporal.

Antes, porém, de tratar desta questão central, analisar-se-ão elementos prévios, facilitadores do debate. Debruçar-se-á, no primeiro capítulo de desenvolvimento, sobre o próprio direito de autor: a essência incorpórea das criações intelectuais, a natureza jurídica, a figura do autor no decorrer da história e a proteção (ou desproteção) que lhe fora conferida, o objeto do direito e a sua titularidade originária.

Já no segundo capítulo, aprofundar-se-á a análise, tratando dos próprios direitos morais e dos direitos patrimoniais, bem como estudando a interação existente entre ambos. Adiante, tratar-se-á do conflito entre o sistema de *droit d'auteur* e *copyright* e da forte tensão entre o interesse do autor e o interesse da coletividade.

## 2 DIREITO DE AUTOR

Ao explorar determinado problema jurídico, faz-se antes necessário compreender o universo no qual se compreende e o significado que goza neste meio. Deste modo, não se pode falar em direito de retirada sem antes assentar a base sob a qual se estrutura.

As relações entre o autor e sua obra, a coletividade que dela usufrui (direta ou indiretamente) e terceiros com os quais contrata são objeto das mais profundas controvérsias. Se se adota uma perspectiva que privilegia e prioriza o acesso à cultura e a troca de informações, prejudicado restará o direito de retirada.

Diante dessa reflexão que se pretende, no presente capítulo e no que o sucede, “preparar o terreno” sob o qual será construída a tese de fortalecimento do direito moral em questão. Referida análise, porém, será superficial, sem pretender esgotar os temas que, por si só, já constituiriam objetos de pesquisa autônomos.

As curvas ora percorridas serão breves e (re)conduzirão sempre ao problema central, possibilitando sua melhor compreensão. Outras discussões serão de todo evitadas, a exemplo dos direitos conexos, interrelação com outras matérias (i.e. propriedade industrial), bens informáticos, tutela penal, regimes especiais, entre outros.

### 2.1 A CRIAÇÃO INTELECTUAL COMO BEM INCORPÓREO

O Direito Autoral representa verdadeiro campo de uma área maior que o engloba, a saber a Propriedade Intelectual. A Convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI ou WIPO – inglês –), em 1967, assim prevê<sup>14</sup>:

**Artigo 2.º**  
**Definições**

Para os fins da presente Convenção, entende-se por:

[...]

---

<sup>14</sup> USP – BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção que institui a organização mundial da propriedade intelectual (1967)**. Disponível em: <[www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organizaçao-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-que-institui-a-organizacao-mundial-da-propriedade-intelectual.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organizaçao-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-que-institui-a-organizacao-mundial-da-propriedade-intelectual.html)>. Acesso em: 03 nov. 2017.

viii) «Propriedade intelectual», os direitos relativos:  
Às obras literárias, artísticas e científicas,

[...]

Verdadeira obviedade, poder-se-ia afirmar. A referência supra pode, *prima facie*, parecer opaca e sem sentido. Entretanto, o fato de se trabalhar com um direito intelectual traz inúmeras implicações e esta percepção deve estar sempre em primeiro plano.

A criação intelectual, enquanto bem incorpóreo ou imaterial, não é raro ou escasso. Pode ser utilizada por diversas pessoas, ao mesmo tempo, sem que, com isso, sua natureza seja alterada ou o maior uso por uma pessoa implique em menor possibilidade de uso por outra. Daí porque lhe é atribuída uma característica muito particular, comumente chamada de ubiquidade.

Tal peculiar característica já chamou a atenção de muitos estudiosos e, adiante, transcrever-se-ão os ensinamentos de alguns. Inicialmente, Thomas Jefferson:

*It would be curious then, if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property. If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me. That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody.<sup>15</sup>*

<sup>15</sup> THE FOUNDER'S CONSTITUTION. **Thomas Jefferson to Isaac McPherson**. Disponível em: <press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1\_8\_8s12.html>. Acesso em: 03 nov. 2017. “Seria, dessa forma, curioso se uma ideia, a fugitiva fermentação de um único cérebro, pudesse, com base em um direito natural, ser reivindicada enquanto propriedade exclusiva e estável. Se a natureza fez algo menos suscetível à apropriação exclusiva, em comparação com qualquer outra, será este o poderoso ato de pensar conhecido como ideia, a qual pode ser possuída exclusivamente por um indivíduo enquanto ele a mantenha em segredo; mas, a partir do momento em que é divulgada, força a sua apropriação por todos, não conseguindo o receptor se livrar ou desapropriar dela. Sua natureza peculiar, também, é a de que ninguém a possui menos por todos a possuírem integralmente. Aquele que de mim recebe uma ideia, recebe instruções sem reduzir as que eu já tinha; da mesma forma que aquele que acende sua vela na minha recebe luz sem me deixar no escuro. Que as ideias devem se espalhar livremente de um para o outro, mundo afora, para a instrução moral e mútua dos homens, e melhoria da

No mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão:

A obra tem uma característica fundamental, que a diferencia das coisas corpóreas: a ubiquidade. A obra literária e artística não é aprisionável num dado continente. Comunica-se naturalmente a todos, desde que expressa ou revelada pelo seu autor. Não se desgasta com o uso, por mais extenso que ele seja. A poesia de Fernando Pessoa não se ressentiu com a globalização de que beneficiou.

E com isto surge uma diferença radical da propriedade comum. O autor pode naturalmente usar sempre a sua obra. Em nada essa faculdade é diminuída pelo fato de terceiros a usarem também, ainda que sem autorização. Inversamente, um proprietário deixa de poder usar se um terceiro se apodera da coisa.

Assim, o compositor continua a poder utilizar as suas sonatas, tocando-as no seu piano, ainda que estas sejam abusivamente exploradas por terceiro. Mas se lhe furtam o piano já não pode tocar; se lhe tiram os sapatos, fica descalço.

Esta diferença é radical. Os bens intelectuais, porque ubíquos, são inesgotáveis. As coisas corpóreas, pelo contrário, são de uso limitado. Cabe por isso ao direito, necessariamente, ditar as regras de utilização dessas coisas.<sup>16</sup>

Por fim, Artur-Axel Wandtke:

*Eine Besonderheit geistiger Güter besteht in der Ubiquität des Warencharakters geistiger Arbeit, d.h. anders als z.B. körperliche Sachen können die Inhalte von einer unbestimmten Zahl von Internetnutzern überall auf der Welt unmittelbar abgerufen werden, ohne dass deren Qualität darunter leidet. Bsp. Wenn A den Musiktitel „O wie bist du schön“ des Komponisten U im Internet „kauft“ und herunterlädt, kann dieser Musiktitel gleichzeitig und weltweit den Nutzern B, C, D angeboten werden. Der Raum und die Zeit sind gleichsam aufgehoben. Der Musiktitel kann im Gegensatz zu einer körperlichen Sache, die z.B. herrenlos ist (§ 958 BGB), nicht angeeignet werden.<sup>17</sup>*

---

sua condição, parece ter sido peculiar e benevolentemente projetado pela natureza, quando ela as fez, como fogo, expansíveis por todo o mundo, sem reduzir sua densidade sob qualquer aspecto, e assim como o ar em que respiramos, nos movemos e existimos, incapazes de confinamento e apropriação exclusiva. As criações não podem, assim, na natureza, ser objeto de propriedade. A sociedade pode dar um direito exclusivo sobre os lucros que dela decorrem, como uma forma de encorajar os homens a perseguir ideias que se revelem úteis, mas isto pode ou não ser feito, de acordo com a vontade e conveniência sociais, sem pretensão ou queixa de qualquer um” (tradução livre).

<sup>16</sup> A PRETENZA PROPRIEDADE INTELECTUAL. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 20, p. 243-261, jul./dez., 2007.

<sup>17</sup> WANDTKE, Artur-Axel. **Urheberrecht**. 4. ed. Berlim: De Gruyter, 2014, p. 19. “Uma particularidade dos bens intelectuais consiste na ubiquidade que é da natureza do trabalho intelectual. Diferentemente do que ocorre com coisas corpóreas, o conteúdo destes bens pode ser acessado por um número indeterminado de usuários da internet no mundo todo, sem que, com isso, haja qualquer prejuízo à sua qualidade. Por exemplo, quando A ‘adquire’ e baixa a música ‘ó, como você é bonita’ do compositor U, pode esta mesma música ser ofertada ao mesmo tempo e no mundo todo aos usuários B, C, D. O espaço e o tempo são, por assim dizer, suspensos. A música, diversamente do que acontece com as coisas corpóreas, que, por exemplo, não tenham dono (§ 958 BGB), não pode ser objeto de apropriação” (tradução livre).

Este caráter ubíquo das obras intelectuais é chamado por Denis Barbosa de “deficiência genética da criação intelectual”<sup>18</sup>. Sua correta compreensão é de fundamental importância para análise do direito de retirada. Isto porque muitos críticos deste direito, consciente ou inconscientemente, se valem dessa natureza particular para desmerecer a sua tutela. Diz-se, dessa maneira, ser faticamente impossível “voltar atrás” em obra já divulgada. Não haveria como “des-cantar” música já cantada, “des-escrever” texto já escrito. Como afirmou Thomas Jefferson, “a partir do momento em que é divulgada, força a sua apropriação por todos, não conseguindo o receptor se livrar ou desapropriar dela”.

Referido ponto de vista é válido e possibilita uma série de problematizações, as quais, por uma opção metodológica, serão tratadas posterior e oportunamente.

## 2.2 BREVE HISTÓRICO

Calcado na ideia de que o Homem é potencialmente criativo, vindo ou não a desenvolver esta capacidade, em maior ou menor grau, por razões as quais ora não se considera, fato é que sempre houve criação. Onde quer que tenha havido um núcleo social, houve criadores. Onde quer que tenha havido fama e prestígio intelectual, houve quem deles quisesse injustamente se aproveitar. A aptidão natural não é só de criar. Nos dizeres de Ascensão: “o homem, à semelhança do animal, imita”<sup>19</sup>.

Deste modo, pode-se afirmar que sempre houve uma preocupação do criador com a sua obra. Apesar da dificuldade de reconstrução, alguns vestígios podem ser identificados, os quais retratam a existência histórica não só de interesses patrimoniais do autor, mas, também, de vínculos pessoais (ou morais).

Marcus Valerius Martialis talvez seja um bom exemplo do quanto se afirma. Nascido em 38 ou 41 d.C. e falecido por volta de 103 d.C., foi um poeta romano que se dedicou à escrita de epigramas, nos quais, de forma satírica, retratava a sua visão sobre a sociedade romana da época<sup>20</sup>. Particularmente em dois epigramas, XXIX e LXVI, deixa transparecer

<sup>18</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual – Tomo I**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 71.

<sup>19</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 3.

<sup>20</sup> ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. **Martial – Roman Poet**. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Martial-Roman-poet>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

especial relação com suas obras, repudiando a violação do que hoje se entende por direito de paternidade. Esse resgate histórico parece salutar:

*XXIX. TO FIDENTINUS.*

*Report says that you, Fidentinus, recite my compositions in public as if they were your own. If you allow them to be called mine, I will send you my verses gratis; if you wish them to be called yours, pray buy them, that they may be mine no longer.*

*LXVI. TO A PLAGIARIST.*

*You are mistaken, insatiable thief of my writings, who think a poet can be made for the mere expense which copying, and a cheap volume cost. The applause of the world is not acquired for six or even ten sesterces. [...] A well-known book cannot change its master. [...] Whoever recites another's compositions, and seeks for fame, must buy, not a book, but the author's silence.*<sup>21</sup>

A efetiva proteção dos direitos e interesses do autor, todavia, constitui fenômeno recente, somente identificável a partir do século XVIII. Parece, à primeira vista, impossível tratar de um direito tão extraordinário do autor – de retirada – sem antes compreender a relação “criador-criatura” no decorrer do tempo. Por este motivo, far-se-á breve incursão histórica.

Na antiguidade greco-romana, não havia propriamente um sistema de proteção ao direito do autor, muito embora expressões como *interpretes*, *auctores* e *plagiarius* já fossem conhecidas. Isso se deve ao fato dos artistas não terem sido considerados criadores, mas meros escolhidos dos deuses, que através deles se manifestavam<sup>22</sup>.

Na Idade Média, também não era possível identificar referido sistema. As peculiaridades da economia e o estado das invenções tecnológicas não permitiam a ascensão de um mercado com produção e distribuição em massa de obras intelectuais. Eventuais regras existentes, envolvendo plágio, por exemplo, eram marginais e não constituíam verdadeira estrutura normativa. Ademais, muito da produção literária da época era feita por monges nos

<sup>21</sup> THE TERTULLIAN PROJECT. **Martial, Epigrams - Book 1 - Bohn's Classical Library (1897)**. Disponível em: <[www.tertullian.org/fathers/martial\\_epigrams\\_book01.htm](http://www.tertullian.org/fathers/martial_epigrams_book01.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2017. “XXIX. A FIDENTINUS. Reporta-se que você, Fidentinus, recita minhas composições em público como se suas fossem. Se você deixar que elas sejam minhas, enviar-lhe-ei meus versos de graça; se quiser que elas sejam tuas, compre-as, para que deixem de ser minhas”. “LXVI. A UM PLAGIADOR. Você se engana, insaciável ladrão de meus escritos, ao pensar que um poeta pode ser feito através dos meros gastos com cópia e encadernação. O aplauso do mundo não pode ser adquirido com seis ou até dez sesterces. [...] A autoria de um livro famoso não pode ser alterada. [...] Aquele que recita as composições de outro e busca a fama, deve comprar não o livro, mas o silêncio do autor” (tradução livre).

<sup>22</sup> WANDTKE, op. cit., p. 5.

monastérios, os quais, manualmente, transcreviam textos, página por página, sem muita preocupação com sua integridade<sup>23</sup>.

Zanini aponta a indiferença dos eruditos medievais em relação à identidade dos autores: “se entendia que o autor não estava autorizado a criar, mas apenas expressava a voz de Deus”<sup>24</sup>. Surge então o fenômeno do *Buchfluch*. “*Buch*”, em alemão, significa livro e “*Fluch*”, maldição/praga. Os autores registravam, através de ameaças e desejo de um mal, o pedido de que não se alterasse o conteúdo das obras.

Segundo Wandtke, tais reclamações seriam o prenúncio da proteção do direito do autor e um indicativo das relações pessoais com a obra. Apenas com o Renascimento, abandonou-se a visão mística da criação e reconheceu-se efetivamente a obra como criação intelectual do autor (e não divina)<sup>25</sup>.

A invenção da imprensa de tipos móveis, em meados do século XV, por Hans Gutenberg, transformou o mundo e a relação com o livro. Os livros, antes transcritos individual e manualmente, passaram a ser reproduzidos com maior facilidade, a baixo custo e em grandes quantidades. Os equipamentos de impressão e os materiais eram, porém, caros e a recuperação dos gastos através da venda de livros era lenta e gradual<sup>26</sup>.

Para proteger esta indústria que estava nascendo, foram concedidos privilégios, através dos quais, por um lado, adquiriam os impressores o monopólio da exploração da atividade por determinado período e, por outro, procediam os governantes à censura que lhes interessava. Wandtke menciona diversos privilégios: *Druckerprivilegien* (privilégios de impressão), *Bücherprivilegien* (privilégios dos livros), *Territorialprivilegien* (privilégios territoriais) e, finalmente, *Autorenprivilegien* (privilégios dos autores). Nenhum deles, todavia, nem sequer o último, representava o início do Direito de Autor, haja vista que os interesses ideais do criador só eram protegidos de forma mediata ou indireta<sup>27</sup>.

O fim do sistema de privilégios começou na Inglaterra, sobretudo por influência da ideologia liberal e de pensadores como John Locke. Contrária aos interesses de impressores e editores, de corporações como a londrina *Stationers Company*, a opinião pública começou a

<sup>23</sup> Ibid., p. 6.

<sup>24</sup> ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 40.

<sup>25</sup> WANDTKE, op. cit., p. 6-8.

<sup>26</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 409.

<sup>27</sup> WANDTKE, op. cit., p. 9.

se mostrar favorável à liberdade de imprensa e aos direitos dos autores<sup>28</sup>. Aprovou-se, então, em 1710, o Estatuto da Rainha Ana, concedendo aos autores o monopólio de exploração de suas obras por 14 anos, a contar da publicação, prorrogáveis por mais 14, caso o autor ainda estivesse vivo e assim requeresse. Importante a leitura de excerto do estatuto:

*[...] Whereas printers, booksellers, and other persons have of late frequently taken the liberty of printing, reprinting, and publishing, or causing to be printed, reprinted, and published, books and other writings, to their very great detriment, and too often to the ruin of them and their families; for preventing therefore such practices for the future, and for the encouragement of learned men to compose and write useful books; [...]*<sup>29</sup>

Embora seja possível enxergar um fundo sutil de preocupação com o autor, o Estatuto da Rainha Ana é apontado como nascedouro do sistema de *copyright* e não propriamente como de um sistema que se centre na figura do autor. A preocupação residia, em verdade, na reprodução literal dos livros e não em eventuais imitações ou derivações de obras<sup>30</sup>. Assim também assinala Zanini:

A proteção, ademais, derivava da publicação e não da criação da obra, o que, mais uma vez, dava destaque ao trabalho do editor e configurava mais um argumento favorável à tese que não vê no Estatuto uma lei de proteção dos autores. [...] Desta feita, o Estatuto da Rainha Ana não pretendia, primariamente, beneficiar os autores, mesmo porque sequer fornecia um coerente entendimento acerca da autoria e dos direitos do autor. Não era uma lei de proteção autoral, não obstante muitas vezes se referir ao autor, já que buscava, em realidade, a regulação do comércio de livros em um ambiente desprovido de monopólio e censura.<sup>31</sup>

O autor começou a se tornar a “estrela central” do seu sistema na França e na Alemanha, a partir de quando todas as discussões vindouras partiriam e retornariam a um mesmo ponto: o criador. Na França, tal conquista se deu, cômica e curiosamente, através da busca de manutenção dos privilégios. Os impressores e livreiros “privilegiados” de Paris sustentavam a utilidade da renovação de seus privilégios em contraposição aos

<sup>28</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 421.

<sup>29</sup> CASE WESTERN RESERVE UNIVERSITY. **Statute of Anne**. Disponível em: <<https://case.edu/affil/sce/authorship/statueofanne.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2017. “[...] Considerando que impressores, livreiros e outras pessoas têm frequentemente tomado a liberdade de imprimir, reimprimir e publicar livros e outros escritos, bem como ocasionado tais práticas, em prejuízo deles (leia-se, os autores) e frequentemente levando eles e suas famílias à ruína; com o fim de evitar tais práticas no futuro e incentivar os homens de cultura a compor e escrever livros úteis [...]” (tradução livre).

<sup>30</sup> JABUR; SANTOS (Coord.), op. cit., p. 118.

<sup>31</sup> ZANINI, op. cit., p. 51.

desprivilegiados (ou pouco privilegiados) das províncias, que a ela se opunham e invocavam o interesse geral<sup>32</sup>.

Em muitas causas discutidas perante o Conselho do Rei, afirmaram os livreiros de Paris que seus direitos não se fundavam unicamente em privilégios reais, mas também na aquisição dos manuscritos diretamente dos autores. A criação pertenceria, originariamente, ao autor e ele transmitiria a propriedade ao livreiro de forma integral e perpétua. Essa noção de propriedade literária foi aproveitada e defendida pelos próprios autores, culminando nos seis decretos de Luís XVI (agosto de 1777), na abolição dos privilégios de autores e editores em 1789 (Revolução Francesa) e nos decretos sancionados pela Assembleia Constituinte (13-19 de janeiro de 1791 e 19-24 de julho de 1793)<sup>33</sup>.

O regime de privilégios fora substituído pelo da propriedade literária e o autor assumira posição de destaque. Prova disso é que o marco inicial da proteção deixou de ser a primeira publicação da obra e passou a ser o ano de falecimento do autor. A obra intelectual, fruto do pensamento de um escritor, seria, segundo Le Chapelier, a mais sagrada, a mais inatacável e a mais pessoal de todas as propriedades<sup>34</sup>.

Percebe-se, dessa maneira, o caminho sinuoso que se teve de trilhar até reconhecer os direitos do criador perante a sua criação. Daí a importância histórica do Estatuto da Rainha Ana e dos decretos revolucionários franceses. Por outro lado, interessante notar o quanto a proteção legal esteve associada a interesses meramente patrimoniais, do próprio autor ou de terceiros. Os interesses pessoais ou morais, sempre existentes (arrisca-se afirmar), só serão efetivamente protegidos a partir do século XIX, matéria à qual se retornará em momento próprio.

### 2.3 NATUREZA JURÍDICA

“Um dos temas mais controvertidos e apaixonantes do Direito.”<sup>35</sup>. “A determinação da natureza jurídica do direito de autor representa um problema clássico.”<sup>36</sup>. Controvertido,

---

<sup>32</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 443.

<sup>33</sup> Ibid., pos. 450.

<sup>34</sup> TORREMANS, Paul. **Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2007, p. 145.

<sup>35</sup> ZANINI, op. cit., p. 85.

<sup>36</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 598.

apaixonante, problema clássico. Com tais adjetivos (e tantos outros), qualificam autorais brasileiros e estrangeiros a questão da natureza jurídica do direito de autor.

Muitas teorias foram desenvolvidas sobre a temática, sem que, até hoje, possa-se falar em uma universalmente aceita. Aspectos ideológicos, políticos, sociais, econômicos, culturais e históricos certamente influem na categorização. Apenas para citar algumas: teoria do privilégio, do direito de propriedade, do direito de personalidade, dos direitos intelectuais, do direito sobre bens imateriais, do direito da coletividade, do direito exclusivo, do direito de clientela, do direito natural, do direito pessoal-patrimonial. A lista parece ser infindável.

Trabalhar cada uma delas, com a profundidade e as divergências internas que cada uma comporta, exigiria enorme quantidade de tempo e linhas, as quais ora não se dispõe. Ignorar a problemática como um todo, contudo, não é uma opção. Assim também entende Zanini, ao afirmar que “o alinhamento a determinada teoria repercutirá amplamente nas soluções a serem dadas aos problemas que se forem colocando”<sup>37</sup>.

Nessa esteira, revela-se imprescindível um exame da matéria. O estudo das diversas teorias conduzirá à identificação de três grandes grupos: teorias patrimonialistas, personalistas ou defensoras de um direito *sui generis*. No presente trabalho, abordar-se-ão apenas três teorias, cada uma representativa de um grupo.

### 2.3.1 Teoria do Direito de Propriedade

Como visto anteriormente, a ruptura com o regime dos privilégios, na França, se deu a partir do enquadramento dos direitos do autor na seara do direito de propriedade. Segundo Delia Lipszyc, o reconhecimento de um direito de propriedade do autor sobre a sua obra, congênere ao direito de domínio sobre as coisas materiais (móveis e imóveis), teve o propósito e o valor de satisfazer os justos anseios dos criadores, dotando-os de um direito fundamental, claro e inequívoco<sup>38</sup>.

Relembre-se, portanto, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789)<sup>39</sup> que, em seu artigo 17, prevê a propriedade como um direito inviolável e sagrado. Relembre-se,

<sup>37</sup> ZANINI, op. cit., p. 86.

<sup>38</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 269.

<sup>39</sup> USP – BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789)**. Disponível em: <[www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da)>

também, a afirmação de Le Chapelier, consoante a qual seria a obra fruto do pensamento de um escritor a mais sagrada, mais inatacável e a mais pessoal de todas as propriedades.

Este conceito de propriedade foi utilizado em muitas normas. No Brasil, pode-se citar, por exemplo, o Código Civil de 1916. Na parte especial, Livro II – Do direito das coisas, Título II – Da Propriedade, Capítulo I – Da Propriedade em Geral, art. 524, assim se prevê:

Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

Parágrafo único. A propriedade literária, científica e artística será regulada conforme as disposições do capítulo VI deste título.<sup>40</sup>

Se, por um lado, o rótulo “propriedade” assegurava ao autor uma proteção até então não experimentada, por outro, desconsiderava o real conteúdo do objeto do direito autoral. Referida palavra, tradicionalmente, remete ao controle sobre coisas ou bens tangíveis. Só é concebível falar em propriedade intelectual, propriedade industrial, propriedade comercial, dentre outras expressões, por uma extensão e ressignificação modernas, para descrever direitos exercidos com relação a bens intangíveis<sup>41</sup>.

A doutrina não poupou esforços em apontar a impropriedade do termo e a inadequação da teoria. O direito de autor: protege uma obra e não propriamente uma coisa (clássica distinção entre *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*); nasce do próprio ato de criação e não através de formas legalmente previstas; não admite transferência plena, pois a obra não sai inteiramente da sua esfera de personalidade; compreende também o direito patrimonial, que é limitado no tempo e não perpétuo<sup>42</sup>.

Estas são apenas algumas das incompatibilidades. Uma, porém, talvez seja a mais elementar: ignorar o aspecto extrapatrimonial do direito de autor. Esquece-se, deste modo, do vínculo inquebrantável que une criador e criação, existindo esta em função daquele e realizando-se aquele através desta. Não se protege um ou outra, mas ambos. Ou, ainda, nos dizeres de Rodrigo Moraes:

---

Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 07. nov. 2017.

<sup>40</sup> BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: <www.planalto.gov.br/Ccivil\_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07 nov. 2017.

<sup>41</sup> BARBOSA, op. cit., p. 74.

<sup>42</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 277.

A concepção materialista, portanto, não passa de reducionismo, já que esse direito não recai somente sobre a obra (como acontece nos direitos reais), mas também sobre a pessoa do criador intelectual. A principal objeção a essa teoria é que o conceito de propriedade não abarca o direito moral, o vínculo pessoal que liga o autor a sua obra. Não explica nem compreende esse elo íntimo e perene que liga o criador à sua criação.<sup>43</sup>

### 2.3.2 Teoria do Direito da Personalidade

Na obra “*Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks (1785)*”, que pode ser traduzida como “Da Ilegalidade de Reimprimir Livros”, Immanuel Kant descreve os escritos de um autor como um discurso dirigido ao público, do qual o editor seria mero mensageiro. A criação-conteúdo não se confundiria com o livro-suporte<sup>44</sup>. Em relação ao exemplar, produto artístico corporal, ter-se-ia um direito real. Já em relação ao discurso contido no livro e dirigido ao círculo de leitores, haveria um direito pessoal<sup>45</sup>.

Importante se faz a leitura do seu pensamento na íntegra, o qual fora extraído de verdadeira coletânea dos seus escritos, organizada por Karl Vorländer:

*In einem Buche als Schrift redet der Autor zu seinem Leser; und der, welcher sie gedruckt hat, redet durch seine Exemplare nicht für sich selbst, sondern ganz und gar im Namen des Verfassers. Er stellt ihn als redend öffentlich auf und vermittelt nur die Überbringung dieser Rede ans Publikum.*<sup>46</sup>

Na mesma página, Kant afirma ser o livro “*das stumme Werkzeug der Überbringung einer Rede des Autors ans Publikum*”. Ou seja, “a muda ferramenta de transmissão da fala do autor ao público”. Adiante, esta diferença de corpos (mecânico e místico) fica ainda mais nítida:

*Der Autor und der Eigentümer des Exemplars können beide mit gleichem Rechte von demselben sagen: es ist mein Buch! aber in verschiedenem Sinne. Der erstere nimmt das Buch als Schrift oder Rede; der zweite bloß als das stumme Instrument der Überbringung der Rede an ihn oder das Publikum, d.i. als Exemplar. Dieses*

<sup>43</sup> MORAES, op. cit., p. 42.

<sup>44</sup> SISKIN, Clifford; WARNER, William (Coord.). **This is Enlightenment**. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, p. 203.

<sup>45</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 335.

<sup>46</sup> VORLÄNDER, Karl. **Immanuel Kant – Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik**. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 2014, p. 191. “Em um livro, considerado em seu conteúdo, conversa o autor com o seu leitor; aquele que imprimiu o livro-objeto, por sua vez, não fala através da cópia em nome próprio, mas, sim, inteiramente em nome do autor. Ele o apresenta publicamente como locutor e atua como intermediário desta fala ao público” (tradução livre).

*Recht des Verfassers ist aber kein Recht in der Sache, nämlich dem Exemplar (denn der Eigentümer kann es vor des Verfassers Augen verbrennen), sondern ein angeborenes Recht in seiner eigenen Person, nämlich zu verhindern, daß ein anderer ihn nicht ohne seine Einwilligung zum Publikum reden lasse, welche Einwilligung gar nicht präsumiert werden kann, weil er sie schon einem andern ausschließlich erteilt hat.*<sup>47</sup>

De acordo com o seu pensamento, então, seria o editor uma pessoa interposta, que sempre necessitaria da autorização do criador. Caso contrário, estaria dando causa a uma comunicação indesejada ou não autorizada.

O mérito de “*Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*”, publicada pela primeira vez no ano de 1785, consiste em valorizar essa relação pessoal entre o autor e sua obra, imensurável economicamente. Imerge-se, portanto, na esfera dos interesses extrapatrimoniais.

A tese kantiana representou, dessa forma, verdadeiro precedente para construção de uma teoria que compreendesse o direito de autor como um direito da personalidade, um *ius personalissimum*<sup>48</sup>. Diversos autores desenvolveram essa noção, podendo-se brevemente citar Johann Caspar Bluntschli, Otto von Gierke, Karl Gareis e Beseler.

Gierke, por exemplo, defendeu a posição de que uma obra pertence à esfera da personalidade do autor, razão pela qual a proteção do direito de autor corresponderia, em sua essência, à proteção dos seus interesses pessoais<sup>49</sup>.

Percebe-se, por conseguinte, o quão diametralmente oposta é a presente teoria da anteriormente trabalhada. Os interesses pessoais ou morais são colocados em primeiro plano, enquanto que os patrimoniais seriam secundários ou sequer fariam parte do direito de autor<sup>50</sup>.

Tal percepção, evidentemente, não restou ileso de críticas. Apontou-se a amplitude da categoria dos direitos da personalidade; o fato da obra de engenho ser tratada pelo direito

---

<sup>47</sup> Ibid., p. 197. “O autor e um proprietário de uma cópia podem, calcados em um direito, dizer: é o meu livro! mas em sentido diferente. O primeiro considera o livro enquanto o que está escrito, enquanto fala; o segundo apenas como mero instrumento mudo de transmissão da fala a si ou a um público, quer dizer, como uma cópia. Este direito do autor, porém, não é um direito sobre a coisa, a saber, a cópia (até porque o proprietário pode queimá-la na frente do autor), mas um direito inato, fincado na sua própria pessoa, através do qual pode proibir que outra pessoa comunique sua fala ao público sem o seu consentimento, consentimento este que sequer pode ser presumido, por ter ele concedido em caráter exclusivo autorização a outro” (tradução livre).

<sup>48</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 334.

<sup>49</sup> DIETZ, Claire. **Der Werkintegritätsschutz im deutschen und US-amerikanischen Recht**. Berlin: De Gruyter, 2009, p. 15.

<sup>50</sup> Para maior aprofundamento, cf. ZANINI, op. cit., p. 118-121.

como algo objetivo, externo à pessoa do criador; a natureza patrimonial dos direitos exclusivos, os quais também fazem parte do instituto e não apenas de maneira incidental<sup>51</sup>.

Não se pode, deste modo, negar a existência e a pertinência do elemento patrimonial, que, como leciona Rodrigo Moraes, pode participar do comércio jurídico e ser transmitido *inter vivos e mortis causa*, sem que disso decorra qualquer prejuízo ao elemento pessoal. Uma visão estritamente personalística impediria qualquer transmissão de direitos aos herdeiros do autor, haja vista ser a intransmissibilidade nota característica dos direitos pessoais<sup>52</sup>.

Não obstante, em última análise, há de se reconhecer a importância de uma teoria que se volta para a pessoa. Sobretudo depois de tanto tempo em que, aparentemente, esqueceu-se que a criação tinha um criador. Mais uma vez, Moraes:

Não resta dúvida, portanto, o equívoco que representa essa corrente doutrinária, já que os direitos patrimoniais, frutos da exploração econômica da obra, não foram devidamente considerados. A insuficiência dessa teoria, contudo, não lhe tira o grande mérito de ter construído a noção jurídica de direito moral de autor.<sup>53</sup>

### 2.3.3 Teoria do Direito Pessoal-Patrimonial

As duas supracitadas teorias são hoje dificilmente defensáveis. Ambas pecam pelo extremismo; por concentrar-se em um aspecto, ignorando a existência ou importância do outro. Pecam, ainda, pelo apego intransigente à fórmula tripartite romana dos direitos reais, pessoais e obrigacionais, como se não fosse possível falar em um direito diverso dos que até então se concebiam.

Assim já se posicionava, no século passado, Philadelpho Azevedo: “embalde tem pretendido articulá-lo nos velhos quadros herdados de Roma; as concepções mais engenhosas conservam-se rebeldes à disciplina férrea a que o querem submeter”<sup>54</sup>.

Nasce, então, uma terceira vertente, intercalada entre as que já existiam. Nem só patrimonial, nem só pessoal – o direito de autor compreenderia ambas as faces. Ter-se-ia, destarte, um direito com forma singular, não alocável em uma das três conhecidas e familiares

---

<sup>51</sup> Ibid., p. 122.

<sup>52</sup> MORAES, op. cit., p. 43.

<sup>53</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>54</sup> AZEVEDO, Philadelpho. **Direito moral do escriptor**. Rio de Janeiro: Alba, 1930, p. 5. apud HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 48.

“caixas” históricas. Exigiu-se, portanto, a confecção de uma nova caixa, para que pudesse caber um novo direito.

*Sui generis*. Assim deveria ser entendido o direito de autor, nova modalidade de direito privado<sup>55</sup>. A duplicidade é o seu traço característico. Seria ele bifronte, dúplice, híbrido, misto, formado por dois elementos de natureza diversa<sup>56</sup>, os quais coexistem, inter-relacionam-se e complementam-se. Quanto ao problema objeto desta pesquisa, por exemplo, só se pode falar em um direito moral de retirada porque antes se exercitou um direito patrimonial de divulgação ou distribuição.

Allfeld, importante representante alemão da teoria monista<sup>57</sup>, em seu livro “*Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst*” (O Direito de Autor em Obras Literárias e Musicais), já defendia este posicionamento em 1928:

*Mit Rücksicht auf die doppelte Funktion des Urheberrechts, rein persönliche Interessen und Vermögensinteressen zu schützen, ist es weder zu den Vermögens- noch zu den Persönlichkeitsrechten zu stellen. Es ist ein Recht besonderer Art, welches die moderne Rechtsentwicklung erzeugt hat*<sup>58</sup>.

Em virtude dessa visão mais ampla dos direitos do autor, é, atualmente, a teoria do direito pessoal-patrimonial a mais aceita pela doutrina, ainda que não imune de críticas. Sem pretender aprofundar-se ainda mais na matéria, afigura-se a presente teoria, *a priori*, como satisfatória para futura problematização do direito de retirada.

Registre-se, por fim, a possibilidade de falar em duas correntes (dualista e monista), as quais discutem a interação entre essas duas espécies de direito. Como bem leciona Ascensão, tal debate, contudo, pertence à outra esfera, que não se confunde com a da natureza<sup>59</sup>. Trata-se da estrutura do direito do autor, que será tratada mais adiante, no terceiro capítulo.

<sup>55</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 30.

<sup>56</sup> MORAES, op. cit., p. 44.

<sup>57</sup> NEURAUTER, Sebastian. **Das Bauhaus und die Verwertungsrechte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, p. 29.

<sup>58</sup> ALLFELD, Philipp. **Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst**. 2. ed. Munique: C.H. Beck, 1928, p. 21. “Considerando a dupla função do Direito de Autor, de proteger interesses pessoais e patrimoniais, não se deve enquadrá-lo quer no Direito de Propriedade, quer no Direito da Personalidade. Trata-se de um direito especial, criado pela moderna evolução jurídica” (tradução livre).

<sup>59</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 579.

## 2.4 OBJETO DE PROTEÇÃO E TITULARIDADE ORIGINÁRIA

O objeto do Direito de Autor é a obra intelectual, exteriorizada e concretizada de alguma forma. Não se protegem ideias, as quais circulam livremente na sociedade. É da sua natureza essa insuscetibilidade de apropriação exclusiva, como bem afirmou Thomas Jefferson e mencionado previamente. Restringir a livre utilização de ideias impediria a própria produção intelectual.

O autor não existe só, isolado. Ele ingressa na vida da mesma forma que uma pessoa entra em um vagão de trem, já em movimento, com outros vagões e outras pessoas. Pessoas estas que ocupam o espaço simultaneamente, por ali passaram ou por ali passarão. Dessa forma, é o autor necessária e inevitavelmente imerso em um mundo repleto de ideias, absorvendo parte delas e criando as suas próprias ou reformulando as já existentes. A livre circulação de ideias, garantida pelo próprio artigo 8º, inciso I, da LDA-98<sup>60</sup>, viabiliza essa constante troca. Só se protege, portanto, a ideia que foi materializada e adquiriu fisionomia própria, nem mesmo que tal exteriorização tenha sido meramente verbal<sup>61</sup>.

Por outro lado, há de se ressaltar a clássica distinção entre *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*. Ainda que se exija uma exteriorização, a fixação em um suporte, deve-se ter bem claro que a obra com ele não se confunde. Conforme exemplifica Ascensão, ainda que se perca a partitura musical ou se destruam todos os exemplares, a obra musical continua a existir, enquanto houver a possibilidade de ser reconstituída<sup>62</sup>. Não se deve tampouco confundir criação com obra e criador com autor. Só se pode falar em obra e em autor após ter havido alguma concretização do pensamento<sup>63</sup>.

Outro requisito para a proteção é a originalidade. Para que se distinga do que é banal ou comum, deve a obra ser minimamente criativa<sup>64</sup>. Por criatividade, entende-se um mínimo de esforço intelectual do autor<sup>65</sup>, através do qual se possa constatar que a obra, nos dizeres de Bittar, possui “contornos próprios” e representa um *plus* em relação ao acervo comum<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998**. Lei de Direitos Autorais. Brasília, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm)>. Acesso em: 13 de nov. 2017.

<sup>61</sup> COSTA NETTO, op. cit., p. 87.

<sup>62</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 31.

<sup>63</sup> COSTA NETTO, op. cit., p. 82.

<sup>64</sup> Sobre essa inter-relação entre criatividade e originalidade, recomenda-se a leitura do artigo “A questão da autoria e da originalidade em direito de autor” de Manoel J. Pereira dos Santos. Cf. JABUR; SANTOS (Coord.), op. cit., p. 126-132.

<sup>65</sup> JABUR; SANTOS (Coord.), op. cit., p. 136.

<sup>66</sup> BITTAR, op. cit., p. 47.

Sendo minimamente criativa, restará protegida. Não há que se falar em um grau de proteção flutuante, maior para obras (ditas) mais criativas e menor para as (ditas) menos. Nesse sentido, claro e direto o comentário de David Nimmer: “Copyright protection applies equally to works of ‘high authorship’ and to works of emphatically ‘low authorship’”<sup>67</sup>.

Observe-se, ainda, que a proteção diz respeito à forma. Não se analisa o mérito, se a música “A” é boa, melhor ou pior do que a “B”. A subjetividade de uma análise intrínseca repercutiria em inúmeras arbitrariedades.

Lado a lado com a noção do original, há quem fale na exigência da personalidade. Traços do seu criador deveriam ser identificáveis na própria obra. Recorrente, portanto, o uso da expressão “pessoal” e de outras sinônimas. Convém transcrever trecho do pensamento de Ettore Valerio:

[...] o essencial é que o autor, com a própria elaboração, tenha conferido à obra um toque pessoal próprio da atividade criativa, que as modificações realizadas pelo autor sejam notadas como constituintes de uma ideia nova e original, diferenciada em modo claro e seguro de qualquer outra. (tradução de Manoel J. Pereira dos Santos)<sup>68</sup>

É inequívoco que a obra, ora objeto de análise, é aquela que decorre da criação intelectual humana. Não se protege a pintura feita por um macaco que encontrou um pincel e uma lata de tinta<sup>69</sup>. Inevitável, portanto, que traços do autor estejam na obra. Se dois famosos escritores forem contratados para redigir um romance sobre situação específica, cada um o fará de determinada forma. Ter-se-ão duas obras diferentes, com características próprias, ainda que com pontos de convergência. Trata-se de dado natural e incontornável.

Isso, todavia, não significa que a proteção deva depender da identificação destes traços, até mesmo em virtude da subjetividade que lhes é inerente. O leitor pode acreditar que determinada menção em um livro diz respeito à determinada situação passada pelo escritor, sem que isso corresponda à realidade. Há um espaço de criação anterior, de quando se

<sup>67</sup> NIMMER, David. **Copyright in the Dead Sea scrolls: authorship and originality**. Disponível em: <[www.houstonlawreview.org/archive/downloads/38-1\\_pdf/HLR38P1.pdf](http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/38-1_pdf/HLR38P1.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2017. “A proteção do *copyright* aplica-se igualmente a trabalhos de ‘alta originalidade’ e aos de enfática ‘baixa originalidade’” (tradução livre).

<sup>68</sup> VALERIO, Ettore; ALGARDI, Zara. **Il diritto d'autore**. Milano: Giuffrè, 1943, p. 6. apud JABUR; SANTOS (Coord.), op. cit., p. 132.

<sup>69</sup> HAMMES, op. cit., p. 52.

constrói a obra, e um posterior, de quando o receptor com ela entra em contato e, de certa forma, a ressignifica.

Por este motivo, ainda que se entenda que em toda obra haverá, sempre e incontestavelmente, resquícios de quem a criou, repudia-se a elevação deste traço pessoal à requisito da proteção jurídica, sob pena de, em verdade, constituir-se em um de seus óbices. Lapidar o ensinamento de Ascensão:

Antes de mais, porque a obra não é uma qualidade do autor. Ela é de fato uma criação do espírito e tem portanto necessariamente uma atividade humana na sua origem. Mas tem de ser exteriorizada, e uma vez exteriorizada já é um elemento estranho ao seu autor. O autor de uma poesia pode recitá-la, mas qualquer outra pessoa a pode recitar também; pode modificá-la, mas com isso não suprime a forma anterior que cada um de nós terá todo o direito de até preferir.<sup>70</sup>

À luz de tudo quanto exposto e a despeito da omissão da Convenção de Berna, que silencia sobre o assunto, à outra conclusão não se pode chegar senão a de que titular originário da obra é o seu criador e, por criador, deve-se compreender apenas e tão-somente a pessoa física, de carne e osso. As pessoas jurídicas não criam obras e apenas por intermédio de uma ficção jurídica podem ser consideradas titulares originárias<sup>71</sup>.

Destoa, portanto, da realidade a previsão do artigo 11, parágrafo único, da LDA-98, ao conceder a pessoas jurídicas semelhante posição. Mais fidedigna aparenta ser a Lei de Direito Autoral alemã<sup>72</sup> que, de forma concisa, sem qualquer ressalva, prevê: “§7 *Urheber ist der Schöpfer des Werkes*” (em uma tradução livre: “autor é o criador da obra”). Referida norma consagra o que a doutrina apelidou de “*Schöpferprinzip*” (princípio do criador). Wandtke explica:

*Es kann sich bei dem Urheber mithin nur um eine natürliche Person handeln, da juristische Personen mangels menschlich-individueller Tätigkeit nur Inhaber abgeleiteter Nutzungsrechte sein können. Ebenso wenig können Tiere, Maschinen oder Roboter Urheber sein.*<sup>73</sup>

<sup>70</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 36.

<sup>71</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 1767.

<sup>72</sup> ALEMANHA. **Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte**, de 9 de Setembro de 1965. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/UrhG.pdf>>. Acesso em: 13 de nov. 2017.

<sup>73</sup> WANDTKE, op. cit., p. 107. “Consequentemente, o autor da obra poderá tão-somente ser uma pessoa física, haja vista que falta às pessoas jurídicas o agir individual humano, razão pela qual podem ser apenas titulares de direitos derivados. De igual forma, tampouco podem ser autores os animais, máquinas ou robôs” (tradução livre).

Rechaça-se, outrossim, a flexibilização tipicamente conduzida por países de tradição anglo-saxônica do *common law*, que investem terceiros (pessoas físicas – que não criaram a obra – ou jurídicas) na sua titularidade originária. Tal distorção tem mera finalidade econômica, de proteger investimentos feitos por produtores e intermediários<sup>74</sup>. A Lei de Direitos Autorais americana de 1976 (*The 1976 U.S. Copyright Act*), por exemplo, na seção § 201(b)<sup>75</sup>, que versa sobre obras feitas sob encomenda, caracteriza o empregador não só como titular original, mas como o próprio autor<sup>76</sup>.

Pontue-se, por fim, que a titularidade decorre da simples criação, não exigindo a prática de qualquer ato formal e que autor, segundo o artigo 15, parágrafo 1º, da Convenção de Berna, é aquele que venha indicado na obra como tal (presunção *juris tantum*), através de nome ou pseudônimo, por exemplo. Eventual registro serve apenas para constituir prova da autoria e fazer fé da existência da obra<sup>77</sup>, não devendo jamais ser interpretado enquanto seu elemento constitutivo, sob pena de regressar-se ao regime dos privilégios estatais e da censura.

---

<sup>74</sup> GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, Bernt. **International Copyright: Principles, Law, and Practice**. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2013, p. 247.

<sup>75</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Copyright Law of the United States and related laws contained in title 17 of the United States Code**. Disponível em: <<https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>76</sup> GOLDSTEIN; HUGENHOLTZ, op. cit., p. 248.

<sup>77</sup> PIMENTA, Eduardo. **Dos crimes contra a propriedade intelectual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.

### 3 DOS DIREITOS DE AUTOR EM ESPÉCIE

No capítulo anterior, teve-se a oportunidade de trabalhar com noções basilares do direito de autor. Com muito cuidado, preocupou-se em conceber a obra e o autor como elementos indissociáveis, não podendo um ser compreendido sem o outro.

Neste momento, faz-se necessário aprofundar a análise desse vínculo, explorando os poderes legalmente conferidos ao autor e o impacto que eles têm na esfera social, em face de pessoas determinadas ou de toda uma coletividade. Ainda que a relação entre o criador e a criação possa ser encarada como primária, há verdadeiro desdobramento em outras relações.

Em regra, não se escreve um livro, não se pinta uma tela e não se compõe uma música para que elas fiquem alheias à “luz do sol”. O autor tem, de certa forma, uma mensagem que deseja ver transmitida. Surgem terceiros que vão ser destinatários desta comunicação e terceiros que vão auxiliar na sua veiculação.

Destarte, é possível dizer que o desejo de criar está fundado em questões internas e externas. A exteriorização, ao mesmo tempo em que constitui requisito da proteção, alimenta a própria vontade comunicacional do autor. Cria-se justamente para exteriorizar, para comunicar-se.

#### 3.1 DIREITOS MORAIS

Consoante já se afirmou, o Direito de Autor não se insere no ramo do Direito da Personalidade, dada a sua natureza dúplice. Todavia, há de se reconhecer uma raiz comum: a pessoa. O Direito de Autor, em sua face extrapatrimonial, visa proteger a relação da pessoa com a obra e, em certa medida, assegurar uma efetiva defesa de sua personalidade. Claire Dietz identifica, com muita sabedoria, que tudo se reduz a uma questão de delimitação. Enquanto o Direito Geral da Personalidade protege a esfera individual, privada e íntima da pessoa, abstrata e amplamente, sem qualquer “restrição material” (tradução livre de “*sachliche Beschränkung*”), o Direito Moral do Autor visa tutelar os interesses pessoais e

espirituais da pessoa Autor em relação à sua obra<sup>78</sup>. Assim esclarece no tópico que intitulou de “o direito moral do autor enquanto modalidade especial do direito da personalidade”.

Esta distinção torna-se ainda mais clara a partir de exemplo de Eugen Ulmer, resgatado por Bruno Hammes<sup>79</sup>. O pintor P é informado de que um colega seu (M), um tanto quanto medíocre, estaria reclamando para si a autoria de alguns de seus quadros. P, diante de tal alegação, teria afirmado: “Enquanto M anuncia que ele teria pintado os meus quadros, prefiro silenciar; se, entretanto, dissesse que eu pintara os seus quadros, protestaria”. Na primeira hipótese, tem-se uma violação de direito moral do autor; já na segunda, de um direito geral da personalidade.

Essa separação parece acertada. Considerando que a obra é fruto do intelecto humano e que a vontade de criar está imbricada com a necessidade do autor de externar o que nele se encontra aprisionado, há de se convir que a obra é uma extensão daquele que a idealizou. Ainda que, uma vez exteriorizada, ganhe “vida própria”, ela não perde a “vida pregressa”. A criação já morou dentro de um espírito, razão pela qual não se deve ignorar o vínculo espiritual (*geistige Band*) existente entre ambos<sup>80</sup>. Sendo assim, toda e qualquer ação que atinja negativamente a obra atingirá também o seu criador. Esta é a premissa inicial.

Antes, porém, de estudar cada um desses direitos, é de suma importância compreender como surgiram e se desenvolveram, bem como as suas características essenciais.

### 3.1.1 Evolução histórica

Já se assentou, oportunamente, que o interesse extrapatrimonial do autor em relação à sua obra sempre existiu. Ainda que não se possa voltar no tempo e entrevistar determinado criador, assim pode-se concluir com relativa tranquilidade. Isto porque referida preocupação decorre da própria natureza humana. Da mesma forma que ninguém gosta de ser ofendido, nenhum criador gosta que ofendam as suas criações, prolongamento que são da sua própria pessoa.

Esse interesse moral permaneceu, todavia, por muito tempo invisível. Ou se considerava o autor mero lápis na mão de Deus ou atentava-se apenas para aspectos patrimoniais. Diante

<sup>78</sup> DIETZ, C., op. cit., p. 27.

<sup>79</sup> HAMMES, op. cit., p. 70.

<sup>80</sup> ULMER, Eugen. *Urheber- und Verlagsrecht*. 3. ed. Berlin: Springer, 1980, p. 33.

de tamanha indiferença, chegaram os autores, em uma atitude nitidamente desesperada, até mesmo a amaldiçoar todos aqueles que não respeitassem a integridade da obra (*Buchfluch*). Somente a partir do século XIX, graças à jurisprudência francesa e à doutrina alemã<sup>81</sup>, que se pode falar na estruturação de um efetivo sistema de proteção destes direitos, que, até então, nas poéticas palavras de Rodrigo Moraes, adormeciam em estado prematuro<sup>82</sup>.

As leis revolucionárias francesas de 1791 e 1793, embora tenham o mérito de direcionar a luz do teatro autoral para o criador e retirá-lo da escuridão, deixaram de contemplar os seus interesses pessoais. O efetivo surgimento do *droit moral* pode, em parte, ser atestado a partir de julgamentos das cortes francesas. A título de ilustração, serão mencionados três casos.

No ano de 1814, Jean Marie Pardessus publicou seu aclamado livro “Curso de Direito Comercial” (*Cours de droit commercial*). O *Tribunal civil de la Seine* decidiu que toda obra vendida a um impressor ou livreiro deve ser impressa nas mesmas condições em que fora vendida e entregue<sup>83</sup>.

No caso Lacordaire, um editor de Lyon tomou notas de discursos do padre Lacordaire e publicou verdadeira coletânea de seu pensamento, sem, para tanto, requerer a sua autorização. A Corte de Lyon entendeu que compete sempre ao autor escolher o momento e o modo de publicação de suas ideias, bem como supervisionar a fidelidade de sua reprodução<sup>84</sup>.

Em julgamento de 1865, reconheceu-se a preponderância do direito imaterial do autor em relação ao direito obrigacional. Neste que ficou conhecido como caso Rose Bonheur, pôde o pintor recusar-se à entrega de obra já encomendada em virtude de mudança na sua concepção artística<sup>85</sup>.

Enquanto na França a questão era tratada pela jurisprudência, de forma prática, diante dos conflitos que emergiam, os estudiosos alemães dedicavam-se à própria justificação teórica dos direitos morais. Inúmeras foram as perspectivas exploradas, desde a completa rejeição deste conceito legal, até noções de direito pessoal, de direitos da personalidade e de direitos

---

<sup>81</sup> Ibid., p. 208.

<sup>82</sup> MORAES, op. cit., p. 31.

<sup>83</sup> STRÖMHOLM, Stig. **Droit Moral – The International and Comparative Scene from a Scandinavian Viewpoint**. Disponível em: <[www.scandinavianlaw.se/pdf/42-14.pdf](http://www.scandinavianlaw.se/pdf/42-14.pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2017.

<sup>84</sup> ZANINI, op. cit., p. 58.

<sup>85</sup> CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos**. Disponível em: <[www.journals.usp.br/rfdusp/article/download/67580/70190](http://www.journals.usp.br/rfdusp/article/download/67580/70190)>. Acesso em: 18 nov. 2017.

inatos<sup>86</sup>. A própria doutrina francesa recorreu ao arcabouço teórico alemão, a fim de melhor compreender e sistematizar os passos que estavam sendo dados pela jurisprudência nacional<sup>87</sup>.

Deste modo, é de se concluir que a correta compreensão dos direitos morais, seu surgimento e desenvolvimento, exige a identificação dessas duas fontes, prática e teórica, as quais influenciaram inclusive a Convenção de Berna, realizada no ano de 1886. Para Strömholm, trata-se de estranha interação, conforme se depreende do trecho a seguir transcrito:

*The ensuing development is of interest from the point of view of principle owing to the strange interaction which takes place between, on the one hand, French practical solutions – with a weak or non-existent theoretical basis – and, on the other hand, German theorizing, which develops, for a long time, with no or hardly any support in legislation and case law.*<sup>88</sup>

### 3.1.2 Características

Reconhece-se, *lato sensu*, que o vínculo existente entre pais e filhos não se perde. Ainda que saiam de casa, revoltam-se e briguem com os pais, eles continuarão sendo seus filhos, possuindo características daqueles que o geraram. De forma semelhante ocorre com o autor e sua obra. O vínculo espiritual que nasce da criação é inafastável, indissolúvel. Pode-se, portanto, falar em duas primordiais características, quais sejam a inalienabilidade e a irrenunciabilidade. O autor não pode alienar ou renunciar à sua condição, pela mesma razão que um pai não pode fazê-lo em relação à seu filho.

Tais caracteres são, inclusive, os únicos expressamente reconhecidos pela LDA-98, em seu artigo 27. A doutrina, no entanto, costuma apontar outros, entre os quais pode-se, resumidamente, citar: perpetuidade, caráter absoluto, extrapatrimonialidade e impenhorabilidade.

Entende-se que o ordenamento brasileiro, em virtude do artigo 24, § 2º e do artigo 41 da LDA-98, teria reconhecido a perpetuidade de dois direitos morais: à paternidade e à

<sup>86</sup> RAJAN, Mira Teresa Sundara. **Moral rights: principles, practice and new technology**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011, p. 75-76.

<sup>87</sup> ZANINI, op. cit., p. 59.

<sup>88</sup> STRÖMHOLM, op. cit., p. 225. “O desenvolvimento subsequente é, em princípio, de suma importância, na medida em que se deve à estranha interação ocorrida entre, por um lado, as soluções práticas do direito francês – com base teórica fraca ou inexistente – e, por outro, as teorias e problematizações alemãs, que se desenvolveram por muito tempo sem nenhum ou raro suporte legislativo ou jurisprudencial” (tradução livre).

integridade. Se o autor falece, a obra não se torna automaticamente de terceiro. O vínculo, tantas vezes referido, é bilateral, o que significa dizer que a morte de um dos polos não implica a morte do outro. Em certa medida, pode-se afirmar que o autor continua a viver através de suas obras e estas devem, por isso, continuar sendo respeitadas. Mesmo quando caem em domínio público, recebem as obras proteção estatal, como uma forma de preservar a memória cultural do povo<sup>89</sup>.

Não se deve, entretanto, confundir perpetuidade com transmissibilidade. Ao falar que certos direitos morais são perpétuos, quer-se dizer que o vínculo espiritual subsiste. Costuma-se popularmente dizer que ninguém morre enquanto permanece vivo no coração e nas recordações de alguém. Ainda que João (pessoa hipotética) faleça, enquanto matéria, carne e osso, algo de si continua vivo nas pessoas que com ele conviveram. Seus filhos ainda carregam os seus trejeitos, traços da sua personalidade. Determinado acontecimento, em um dado dia, fará com que as pessoas se lembrem de João. Que piada faria ele naquele momento? Qual seria a sua reação? Sua voz, sua gargalhada ressurgirão com tanta força, fazendo-se sentir de tal maneira, que difícil será separar o real do irreal, o vivo do morto.

De forma análoga acontece com a obra e seu criador. Isso tem levado muitos autores a falar em uma transmissibilidade *mortis causa* de certos direitos pessoais. Assim o faz, por exemplo, Rodrigo Moraes<sup>90</sup>, interpretando o § 1º do artigo 24, da LDA-98, que assim dispõe: “Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV”.

Esposa-se, porém, entendimento diverso. Como bem sublinha Zanini, esse dispositivo legal consagra norma aberta e imperfeita<sup>91</sup>. Não há, em sentido técnico, propriamente uma transferência, uma sucessão. O que os herdeiros têm são poderes funcionais ligados à defesa da imagem do autor e da obra, que não se confundem, todavia, com o direito pessoal<sup>92</sup>. Trata-se de mera legitimação extraordinária, devendo o exercício desses poderes funcionais se orientar sempre pela vontade expressa ou presumível do falecido<sup>93</sup>.

Não pode, por óbvio, o herdeiro consignar o nome do autor em obra que foi publicada anonimamente, salvo se tal desejo tiver sido manifestado em testamento ou, por outro meio

---

<sup>89</sup> MORAES, op. cit., p. 16.

<sup>90</sup> Ibid., p. 14.

<sup>91</sup> ZANINI, op. cit., p. 334.

<sup>92</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 591.

<sup>93</sup> ZANINI, op. cit., p. 373.

qualquer, reste indubitável<sup>94</sup>. Tampouco pode o herdeiro divulgar uma obra antes jamais divulgada, mantida em segredo por toda a vida do autor, sem que existam fortes indícios de que essa era a sua vontade<sup>95</sup>.

Os direitos morais podem, outrossim, ser classificados como absolutos, pois têm eficácia *erga omnes* e são oponíveis a toda e qualquer pessoa que interfira ou busque interferir nesse laço, detenha ela direitos patrimoniais sobre a obra ou não.

São extrapatrimoniais, pois, ainda que produzam consequências patrimoniais indiretas, não são estimáveis em dinheiro<sup>96</sup>. Em virtude mesmo da sua extrapatrimonialidade, não podem ser objeto de penhora.

### 3.1.3 Dos direitos morais propriamente ditos

Embora o presente trabalho verse sobre um único direito moral (de retirada), ele não pode ser compreendido isoladamente. Não se esgota em si mesmo e não satisfaz todas as pretensões do criador. A fim de proteger as relações ideais<sup>97</sup> entre o autor e suas obras, o legislador pátrio lhe conferiu uma série de prerrogativas, arroladas no artigo 24 da LDA-98. A análise destas, ainda que *en passant*, revela-se imprescindível para uma melhor contextualização e justificação do poder jurídico de retirada.

Iniciar-se-á pelo direito ao reconhecimento da paternidade, dado o seu caráter elementar. Depois de séculos de negligência, hoje não persiste mais qualquer dúvida quanto àquele que deve ser tido por autor. O estudo de qualquer outro direito pressupõe a determinação da autoria. Autor é quem cria (*Schöpferprinzip*). Criador é aquele de quem se origina a obra. Esta afirmação, em princípio óbvia, é, em verdade, revolucionária, se se considera este vínculo no decorrer dos séculos. Todo e qualquer debate inicia e termina a partir da noção de paternidade.

Dito isto, deve-se assinalar que este direito consagra o poder do autor de reclamar a autoria da obra. Com fulcro no direito à paternidade, pode se opor à qualquer pessoa que questione, usurpe ou omita indevidamente a sua autoria, bem como determinar sob qual nome

---

<sup>94</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 2369.

<sup>95</sup> ZANINI, op. cit., p. 333-334.

<sup>96</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 2232.

<sup>97</sup> HAMMES, op. cit., p. 70.

será a obra divulgada (civil, artístico, pseudônimo, anônimo)<sup>98</sup>. Encontra-se previsto nos incisos I e II do artigo supra.

Logo em seguida, pode-se falar no direito à integridade da obra (também conhecido como direito ao respeito), previsto no inciso IV. Corresponde à possibilidade de se opor à qualquer modificação ou prática de atos que possam prejudicar a obra ou atingir o autor. Quer-se assegurar que a obra chegue ao conhecimento do público tal e qual foi idealizada, de forma autêntica, sem qualquer alteração externa. Artur-Axel cita, como exemplo extremo de desrespeito, a utilização da obra em embalagem de preservativo<sup>99</sup>.

Outra interessante prerrogativa é a do direito ao inédito (artigo 24, inciso III). Uma vez materializada, transmuda-se a criação em obra. Esta, todavia, pode vir ao conhecimento de terceiros ou não. Tudo depende da vontade do criador. Já se sustentou ser a obra uma espécie de mensagem, preparada por uma pessoa e predisposta a comunicar-se a outras. O processo de criação costuma ser, no entanto, extenso e a mensagem nem sempre está pronta. Por inúmeras vezes, o criador sente faltar algo; acredita ser necessária tal e qual adaptação, acréscimo, adequação. A obra só está acabada quando ele assim decide. E, ainda que acabada, pode julgá-la não merecedora de uma publicização.

O direito ao inédito corresponde, portanto, ao poder que tem o autor de decidir quando e se a obra será levada ao conhecimento do público. Por mais brilhante que ela seja, por mais importante que supostamente seja a veiculação do seu conteúdo, permanecerá ela desconhecida, se assim for do interesse de seu idealizador, não competindo a qualquer outro indivíduo torná-la pública.

*Exempli gratia*, se alguém abusivamente divulga quadro sem a autorização do autor, poderá ele exigir a sua apreensão e aplicação das sanções legalmente previstas<sup>100</sup>. “Ao entregar a obra, o autor também se entrega. Ao fazê-la aparecer, também aparece. Expor uma criação é expor-se como criador. É desnudar-se intelectualmente para apreciação do público”<sup>101</sup>.

À luz do quanto afirmado, pode-se perceber certa similitude entre o direito ao inédito e o direito de retirada. Enquanto, através deste, em virtude de alguma razão pessoal, pode o autor retirá-la de circulação e impedir que mais e mais pessoas continuem tendo acesso à

---

<sup>98</sup> ULMER, op. cit., p. 213-214.

<sup>99</sup> WANDTKE, op. cit., p. 136.

<sup>100</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 132.

<sup>101</sup> MORAES, op. cit., p. 143.

obra, através daquele, pode o criador impedir que pessoas tenham qualquer acesso à obra, por determinado período ou indeterminadamente.

O direito à modificação da obra (inciso V), por sua vez, satisfaz a própria natureza inquieta e mutante do autor. O ser humano está em constante processo de formação. À medida que passa por novas experiências e encontra outras pessoas, revê as suas posições e entendimentos prévios. O porquê da mudança é irrelevante. Fato é que se muda, dia-a-dia, a percepção do mundo e das coisas que o compõem.

No que diz respeito ao direito ao inédito, visto previamente, constatou-se que a sensação de incompletude pode levar o autor a jamais publicar sua obra. Ela é criada e recriada inúmeras vezes antes de ser disponibilizada ao público. Uma vez disponível, porém, pode o autor sentir a falta de algumas perspectivas ou aprofundamentos. Pode, talvez, sentir a necessidade de revisitar determinados pontos, de apresentá-los por um diferente viés.

O direito à modificação possibilita, justamente, esse contínuo resgate do vínculo existente entre o criador e a criação. Através dele, (re)tece e fortalece o autor o fio que o une à sua obra, garantindo que esta continue correspondendo à sua pessoa. Quando este resgate não é mais possível, quando a incompatibilidade se torna absoluta, não se fala mais em modificação, mas, sim, em retirada, direito que será visto em tópico autônomo.

Um quinto direito moral assegurado pelo ordenamento brasileiro é o de acesso, previsto no artigo 24, inciso VII, da LDA-98. Consiste na possibilidade do autor ter acesso à exemplar único e raro de obra, que se encontra legitimamente em poder de terceiro. Ao direito extrapatrimonial do autor contrapõe-se o direito patrimonial de outrem. Tal acesso deve, por esta razão, ser minimamente invasivo ou, como dita a lei, causar o menor inconveniente possível.

Este direito, contudo, não é discricionário. Exige-se que o autor não tenha, ele próprio, qualquer exemplar<sup>102</sup> e busque, através do acesso, preservar a memória da obra. Como em todo trabalho intelectual encontra-se parcela da personalidade do autor, deve-lhe ser garantida a possibilidade de manter-se em contato com ela e (re)acessar as suas ideias<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> WANDTKE, op. cit., p. 144.

<sup>103</sup> ZANINI, op. cit., p. 418.

### 3.2 DIREITOS PATRIMONIAIS

Nos tópicos anteriores, frisou-se, em demasia, o vínculo anímico existente entre o criador e a criação, ressaltando os interesses extrapatrimoniais que dele emanam. Lord Camden, concluindo argumento contrário à propriedade literária, assim já teria afirmado no ano de 1774:

*It was not for gain that Bacon, Newton, Milton, Locke, instructed and delighted the world. When the bookseller offered Milton five pounds for his Paradise Lost, he did not reject it, and commit his poem to the flames, nor did he accept the miserable pittance as the reward of his labour; he knew that the real price of his work was immortality, and that posterity would pay it.*<sup>104</sup>

À essa visão puramente extrapatrimonial, contrapõe-se a perspectiva de autores como Samuel Johnson, famoso escritor inglês do século XVIII. Segundo ele, *ipsis litteris*, “no man but a blockhead ever wrote, except for money”<sup>105</sup>. Traduzido para o português: “ninguém, a não ser um estúpido, escreveu por outra razão que não o dinheiro”.

Não obstante haja um pouco de verdade em cada uma dessas manifestações, elas pecam pelo extremismo. Afirmações teratológicas desta natureza buscam passar a régua em uma realidade complexa, supostamente tornando-a simples. Não se afigura possível, em uma análise *a priori*, determinar que tal ou qual motivo leva o autor a criar. Complexo que é o ser humano, muito mais lógico e real revela-se afirmar que a autoria decorre de uma conjunção de fatores.

Sendo assim, seria inocente acreditar que o autor é movido por questões meramente idealísticas. Como qualquer outra pessoa, tem ele sonhos, aspirações, desejos e estes, em uma sociedade capitalista, muitas vezes necessitam de dinheiro para serem concretizados. Se, por um lado, a obra caracteriza para o autor a realização de um interesse pessoal, por outro, viabiliza, através de sua inserção no mercado, a realização de outros interesses. Em outras palavras, a obra permite que se realize enquanto autor, mas não é suficiente para que se

<sup>104</sup> BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries on the Laws of England – Book the Second**. Boston: T.B. Wait and Sons, 1818, p. 407. “Não foi com a finalidade de ganhar dinheiro que Bacon, Newton, Milton e Locke instruíram e fascinaram o mundo. Quando o livreiro ofereceu a Milton cinco libras por seu Paraíso Perdido, ele não rejeitou a proposta e dedicou seu poema às chamas, tampouco aceitou a miserável mixaria como recompensa pelo seu trabalho; ele sabia que o verdadeiro preço do seu trabalho era a imortalidade e que a posteridade pagaria por ela” (tradução livre).

<sup>105</sup> THE SAMUEL JOHNSON SOUND BITE PAGE. **Quotes on Writing**. Disponível em: <[www.samueljohnson.com/writing.html](http://www.samueljohnson.com/writing.html)>. Acesso em: 26 nov. 2017.

realize plenamente enquanto pessoa. Exemplifica-se: os frutos econômicos da venda de um livro podem propiciar a um escritor o deleite de um filme, uma viagem ao país dos sonhos ou um passeio com o filho em um parque de diversões. Estas novas experiências satisfazem diferentes esferas do seu “eu”, não atingidas pela divulgação dos seus pensamentos.

O interesse patrimonial não deve, desta maneira, ser esquecido ou minimizado. O processo de criação intelectual é extenuante, demorado; exige verdadeiro esforço do autor em produzir algo original, materializar o que nele flui em estado incorpóreo<sup>106</sup>. A ele deve, por conseguinte, ser assegurada a possibilidade de retirar proveito econômico do seu trabalho. Com isso, não se quer dizer que todas as suas criações visem ou devam sempre visar o lucro. Nada o impede de disponibilizar gratuitamente determinada obra ou vendê-la a baixo custo. Esta deve, porém, ser sempre uma escolha sua. Somente a ele compete determinar se haverá comercialização e em quais termos esta se processará.

Acerca deste direito da pessoa sobre o fruto do próprio trabalho, já se pronunciou John Locke. Interpretando seu pensamento, chega-se à conclusão de que conferir originariamente a “B” direitos sobre o trabalho de “A” equivale a tornar “A” propriedade de “B”. Imprescindível revela-se a leitura do seu posicionamento na íntegra:

*Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person: this no body has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state nature hath placed it in, it hath by this labour something annexed to it, that excludes the common right of other men: for this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good, left in common for others.*<sup>107</sup>

<sup>106</sup> Acerca dessa devoção, manifesta-se também Carlos Alberto Bittar, com expressivas palavras: “São pedaços de dotes de personalidade, esforço, suor e noites insones que fazem de um mero papel em branco uma obra poética clássica; um pedaço de mármore, uma escultura singular; um rebento de madeira, uma formação folclórica única” (BITTAR, op. cit., p. 19).

<sup>107</sup> LOCKE, John. **Two Treatises on Government**. London: R. Butler, 1821, p. 209-210. “Embora a Terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada ser humano é dono da sua própria pessoa: quanto a ela, apenas ele tem direito e mais ninguém. O labor do seu corpo e o trabalho de suas mãos, podemos dizer, são verdadeiramente seus. O que quer que ele remova do estado de algo deixado pela natureza, fazendo dela, através do seu trabalho, coisa diversa, lhe pertence. Seja porque foi removida do estado comumente encontrado na natureza, seja porque a ela algo se acresceu em virtude do seu labor, está ela excluída do direito comum das demais pessoas. Considerando que o trabalho é propriedade inquestionável do trabalhador, ninguém a não ser ele pode ter um direito sobre aquilo a que foi acrescido, ao menos onde existam bens suficientes e de semelhante qualidade disponíveis para as demais pessoas.” (tradução livre).

Tecidas essas considerações iniciais e realçada a importância dos direitos pecuniários, impende proceder à breve exame destas prerrogativas. Através desse exclusivo de exploração econômica<sup>108</sup>, pode o autor explorar a obra segundo as mais diversas formas de utilização que esta admite ou venha a admitir<sup>109</sup>. A lei autoral brasileira vigente, em seu artigo 29, prevê inúmeras possibilidades, a exemplo da reprodução parcial ou integral, edição, transformação, tradução, distribuição, representação e radiodifusão. Este rol, porém, não pode ser considerado exaustivo. Diante da evolução tecnológica, afigura-se faticamente impossível prever os diversos meios de utilização econômica vindouros.

A exploração econômica da obra e a sua veiculação, porém, diante das diversas fases e processos envolvidos, podem se provar complexas, preferindo o autor ceder os direitos patrimoniais a terceiros. Surge a figura dos titulares derivados da obra, pessoas físicas ou jurídicas que recebem a titularidade de alguns dos direitos do autor<sup>110</sup>. Tendo em vista que a cada processo autônomo de utilização corresponde uma prerrogativa patrimonial, devem os negócios jurídicos celebrados ser interpretados restritivamente, conforme determina o art. 4 da LDA-98<sup>111</sup>.

Essa necessidade de interpretação restritiva decorre do princípio da independência dos direitos patrimoniais. Referido princípio encontra-se previsto no item III, número 9, parágrafo 2º da Carta dos Direitos do Autor, adotada pela Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores (CISAC) em Hamburgo, no ano de 1976<sup>112</sup>. Em conformidade com essa previsão, nada impede que o autor ceda a edição a uma pessoa e conceda à outra autorização para a adaptação cinematográfica<sup>113</sup>. Noutra elucidativa hipótese, ao autorizar a execução pública de obra musical no teatro, não está o autor autorizando a sua transmissão por rádio ou televisão<sup>114</sup>.

A cessão dos direitos econômicos pode, portanto, ser total ou parcial. Ainda que total, ainda que se desvencilhe de todos os direitos de exploração da obra, permanecem os direitos

<sup>108</sup> José de Oliveira pondera que a essência do direito patrimonial não se encontra no direito de utilização, haja vista que, quando utiliza a obra, o faz como qualquer outra pessoa. Dessarte, a verdadeira essência estaria nesse exclusivo de exploração econômica. (ASCENSÃO, op. cit., p. 164.)

<sup>109</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 2488.

<sup>110</sup> Ibid., pos. 1814.

<sup>111</sup> BITTAR, op. cit., p. 72.

<sup>112</sup> CONFEDERAÇÃO INTERNACIONAL DAS SOCIEDADES DE AUTORES E COMPOSITORES. **Charter of the Author's Right.** Disponível em: <members.cisac.org/CisacPortal/initConsultDoc.do;jsessionid=1FB1B3266ED7C0EF3FF4BC0B15D43FC2?idDoc=8607>. Acesso em: 26 nov. 2017.

<sup>113</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 169.

<sup>114</sup> HAMMES, op. cit., p. 83.

morais sempre consigo, vinculados à sua pessoa<sup>115</sup>. Diferentemente dos direitos patrimoniais, os pessoais são inalienáveis e irrenunciáveis, como já se teve oportunidade de indicar. Essa percepção será, posteriormente, de extrema valia quando se tratar do direito de retirada.

Outra diferença consiste na transmissibilidade e na limitação temporal dos direitos patrimoniais. Aproximam-se, porém, dos direitos morais em virtude do seu caráter absoluto. São também oponíveis *erga omnes*<sup>116</sup>. Vedam a todo e qualquer indivíduo interferir na relação econômica existente e prejudicar a devida percepção dos frutos econômicos decorrentes da criação intelectual.

### 3.3 DA INTERAÇÃO ENTRE OS DIREITOS

Lidou-se, oportunamente, com importantes temas da área do direito autoral, como a natureza jurídica e o conteúdo dos direitos do autor. Neste momento, importa discutir a interação existente entre essas duas “classes” de direitos. Formam as diferentes prerrogativas verdadeiro amálgama e constituem direito unitário? Ou trata-se de poderes de ordens e naturezas distintas, não devendo uns ser confundidos com os outros?

Essa discussão diz respeito à estrutura do direito do autor, que não se confunde com a questão da natureza jurídica<sup>117</sup>. Possível, dessarte, falar em monismo e dualismo tanto dentro de uma teoria sobre a natureza do direito de autor, como a do direito pessoal-patrimonial, quanto fora dela<sup>118</sup>. Essas conflitantes teorias – monista e dualista – foram desenvolvidas com maior ênfase na Alemanha e na França, respectivamente.

Para os monistas, todas as prerrogativas que correspondem ao criador, sejam de caráter pessoal ou patrimonial, constituem manifestações de um só direito, unitário, o qual garante, em seu conjunto, tanto interesses ideais quanto econômicos<sup>119</sup>.

Eugen Ulmer explicitou esta perspectiva através da sua didática “*Baumtheorie*” (Teoria da Árvore). Segundo ele, o Direito de Autor é como o tronco de uma árvore: uno. Abaixo do tronco, têm-se as raízes, que corresponderiam aos direitos morais e patrimoniais. Do tronco,

---

<sup>115</sup> RAJAN, op. cit., p. 15.

<sup>116</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 2508.

<sup>117</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 579.

<sup>118</sup> ZANINI, op. cit., p. 111.

<sup>119</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 2172.

crecem ramos e galhos, representativos das diferentes prerrogativas do autor. Tais prerrogativas sugam, por vezes, sua força de ambas as raízes. Outras vezes, sugam mais de uma em relação à outra ou apenas de uma delas<sup>120</sup>.

Tal construção teórica é elucidada e concretizada por Adolf Dietz: o interesse moral de preservar a integridade da obra, protegendo-a de interferências negativas, satisfaz também o interesse patrimonial de introduzi-la no mercado tal como se pretendia, livre de modificações e eventuais pioramentos (*Verschlechterung*). Por raciocínio inverso, uma exploração econômica bem sucedida da obra que, através de reproduções e representações, torna ela e o seu idealizador famosos, satisfaz o interesse extrapatrimonial do autor de divulgar as suas ideias e adquirir renome em determinada esfera social<sup>121</sup>.

Na doutrina brasileira, pode-se citar Carlos Alberto Bittar como um dos seguidores da proposta monista, conforme se extrai de trecho do seu livro:

No entanto, são partes de um mesmo conjunto final, integrantes de mesmo complexo jurídico, intimamente ligados em qualquer utilização da obra, imprimindo, pois, essa noção a condição especial de que desfrutam os direitos autorais no âmbito dos direitos privados. [...] Tem-se, portanto, que as duas facetas apontadas interpenetram-se, mesclam-se, completam-se, exatamente para constituir o conteúdo, uno e incindível, dos direitos autorais. O direito moral é a base e o limite do direito patrimonial que, por sua vez, é a tradução da expressão econômica do direito moral<sup>122</sup>.

Já segundo a concepção dualista, os *droits moraux* e os *droits pécuniaires* independem uns dos outros e podem ter destinos jurídicos diversos. Enquanto os direitos patrimoniais podem ser objeto de alienação e são limitados no tempo, os pessoais são inalienáveis, perpétuos e imprescritíveis<sup>123</sup>.

Desbois, adepto da teoria dualista, ressalta que referidos direitos não nascem no mesmo tempo e não se extinguem juntos. Enquanto, antes da conclusão e publicação da obra, os direitos patrimoniais permanecem em estado de mera virtualidade, os direitos morais já existem desde as primeiras linhas, quando a obra é mero rascunho. Ainda depois de transcorrido todo o período de monopólio, o direito moral continua vivo, até que a obra caia no esquecimento. Quem quer que queira, muito tempo depois, independentemente de quantos

<sup>120</sup> ULMER, op. cit., p. 116.

<sup>121</sup> DIETZ, Adolf. **Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft**. 1. ed. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, p. 105-106.

<sup>122</sup> BITTAR, op. cit., p. 68-69.

<sup>123</sup> DIETZ, A., op. cit., p. 106.

anos se passaram, desenterrá-la, deverá fazê-lo respeitando sempre a forma em que foi inicialmente elaborada e publicada pelo autor<sup>124</sup>.

O presente trabalho adotará a visão dualista, por entender que confere o devido prestígio ao direito de matriz não-econômica. Embora seja possível aventar inúmeras ocasiões de complementariedade e inter-relação entre os direitos, haverá casos de existência autônoma, de um ou de outro. O indivíduo que escreve determinada obra, sendo ela original, torna-se automaticamente autor, pelo próprio ato da criação, como visto. O vínculo nasce naquele exato momento. Se, todavia, arrepende-se do quanto criado e destina-o às chamas, antes de qualquer comercialização, sem que ninguém sequer dela tome conhecimento, extingue-se toda potencialidade econômica eventualmente existente. Não houve propriamente direito pecuniário, mas mera possibilidade, que não se materializou.

Clara resta, portanto, a existência concreta de um e a inexistência do outro. Se se quisesse aprofundar o raciocínio, poder-se-ia dizer que o vínculo espiritual sequer foi rompido com as chamas. A obra, como tantas vezes já se sustentou, não se confunde com o seu suporte. Ainda que se rasgue, se destrua ou se queime o suporte, continua a obra viva dentro daquele que a projetou. Nada impede o autor de rever a sua decisão e reconstituir a obra.

Aqueles que se filiam à teoria dualista comumente o fazem para enaltecer o direito moral. Daí porque se fala em uma primazia em relação ao direito patrimonial, devendo-se estar sempre a ela atenta diante de casos concretos e quando da interpretação de negócios jurídicos. Para descrever essa primazia, fala-se, no inglês, em “*pre-eminence*” e, no francês, em “*prééminence*”<sup>125</sup>. Aquele que atentamente ler este trabalho perceberá que se tratou primeiramente dos direitos morais, antes de se adentrar a questão dos direitos patrimoniais. Tal escolha não foi aleatória e buscou justamente enfatizar a preeminência ora proposta.

Essa ordenação encontra respaldo em alguns textos normativos. Ao se analisar o “*Code de la propriété intellectuelle*” francês, nota-se que os “*droits moraux*” antecedem os “*droits patrimoniaux*”<sup>126</sup>. A mesma escolha fora feita pelo legislador pátrio. No título III (“Dos Direitos do Autor”) da lei vigente, tem-se que o capítulo II trata dos “Direitos Morais do Autor” e o capítulo III, “Dos Direitos Patrimoniais do Autor e de sua Duração”.

<sup>124</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 2198-2204.

<sup>125</sup> RAJAN, op. cit., p. 60.

<sup>126</sup> FRANÇA. **Code de la propriété intellectuelle**, version consolidée au 1 octobre 2017. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

### 3.4 DOIS SISTEMAS EM CONFLITO

Essa abordagem que concede maior preeminência ao direito moral não é, evidentemente, unânime. Como bem assinala Mira Rajan, os direitos morais têm um preço. Sua mera previsão legal pode inibir a exploração das obras, trazendo incerteza a processos de utilização, edição, modificação e interpretação, por exemplo<sup>127</sup>.

Em virtude dessa realidade, pode-se falar em duas propostas (ou modelos ou sistemas) de direito de autor: *copyright* e *droit d'auteur*. Enquanto o sistema continental europeu/latino de direito de autor enxerga a criação intelectual como trabalho de um indivíduo (*Schöpferprinzip*) e coloca os seus interesses pessoais em primeiro plano, concentra-se o *copyright* anglo-americano em aspectos comerciais. O brocardo “*what is worth copying is prima facie worth protecting*” (em uma tradução livre: “o que vale a pena copiar é, em princípio, digno de proteção”) talvez seja uma grande prova disso<sup>128</sup>.

Outro indicativo do quanto se afirma é a própria nomenclatura: a palavra inglesa *copyright*, em tradução literal, significa justamente “direito de cópia”. Não se parte da individualidade do sujeito, pessoa física, para legitimar a proteção legal. Por isso mesmo que, diferentemente do que ocorre na Alemanha, países de tradição anglo-americana conferem aos empregadores a titularidade originária de obras criadas por empregados. A obra exsurge enquanto bem econômico (*Wirtschaftsgut*)<sup>129</sup>.

Conseqüentemente, ao compará-lo com o direito de autor, perceber-se-á que o *copyright* tem alcances mais limitados, no que diz respeito aos direitos subjetivos, e mais extensos, no que atine ao objeto de tutela e aos titulares originários dos direitos<sup>130</sup>. Segundo Paul Goldstein, trata-se de premissa filosófica utilitarista: o propósito é estimular a produção dos mais diversos “bens intelectuais” (*creative goods*), no maior número e pelo menor custo possíveis<sup>131</sup>.

Noutras palavras, a proteção é concedida muito mais por fatores externos do que internos. Não é necessariamente em virtude do criador ou de sua obra, mas, sim, em virtude

<sup>127</sup> RAJAN, op. cit., p. 18.

<sup>128</sup> Tal expressão tem suas origens em decisão de 27 julho de 1916, proferida por Peterson J., e se tornou uma das máximas mais problemáticas do direito autoral britânico. (UNIVERSITY OF CAMBRIDGE. **University of London Press v University Tutorial [1916]**. Disponível em: <<https://www.civil.law.cam.ac.uk/virtual-museum/university-london-press-v-university-tutorial-1916-2-ch-601>>. Acesso em: 10 jan. 2018.)

<sup>129</sup> WANDTKE, op. cit., p. 33.

<sup>130</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 545.

<sup>131</sup> GOLDSTEIN; HUGENHOLTZ, op. cit., p. 14.

do que ela representa. Essa questão será devidamente tratada no subtópico seguinte, quando se cuidar do interesse da coletividade. Neste momento, contudo, faz-se oportuna a transcrição de trecho da Constituição dos Estados Unidos de 1787, por considerar que o seu texto é extremamente claro em fornecer o motivo da tutela legal. Assim, prevê o artigo 1º, seção 8, cláusula 8, da Constituição Americana, que:

*The Congress shall have Power [...] To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;*<sup>132</sup>

Essa dualidade de sistemas é, sobretudo, perceptível na história. Considerando que a obra é suscetível de formas de utilização que vão além dos limites demarcados pelas fronteiras dos Estados<sup>133</sup>, foi necessário criar um sistema internacional de proteção deste bem jurídico. Trata-se do que Leonardo Zanini convencionou chamar de “vocação internacional do direito de autor”, em texto adiante referenciado, no qual comenta sobre o confronto entre os sistemas. Quando da edição dessas normas supranacionais,   possível identificar verdadeiro e constante embate entre os modelos.

Esse conflito adquire visibilidade já a partir do primeiro grande acordo internacional, qual seja a Convenção de Berna (CUB), assinada em 1886<sup>134</sup>. Inicialmente, não trazia qualquer previsão acerca dos direitos subjetivos. Em 1928, a partir da Revisão de Roma, passou a proteger os direitos morais do autor, em seu artigo 6bis. O fez, entretanto, de forma tímida, reconhecendo apenas os direitos   paternidade e   integridade da obra. Ainda que não tenha sido extensa, essa proteção mínima dos direitos pessoais do autor inibiu a adesão de países como os Estados Unidos, que vieram a assiná-la tardiamente. O texto da Convenção entrou em vigor no território americano somente a partir de 1  de març o de 1989<sup>135</sup>.

Essa adesão, 103 anos mais tarde, não foi, porém, integral. O Ato de Implementa o de 1988 (*Berne Convention Implementation Act*) rechaç o a necessidade de introduzir uma regulamenta o específica da tutela do direito moral, afirmando que as prerrogativas

<sup>132</sup> ESTADOS UNIDOS DA AM ERICA. **Constitution of the United States**. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#a1\\_sec8](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec8)>. Acesso em: 05 dez. 2017. “O Congresso terá o poder/a competência de promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo sobre os seus escritos e descobertas” (tradu o livre).

<sup>133</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 635.

<sup>134</sup> Ibid., p. 639.

<sup>135</sup> ZANINI, L.E.A. **A Proteção Internacional do Direito de Autor e o Embate entre os Sistemas do Copyright e do Droit d’Auteur**. Revista Videre, v. 3, n. 5, p. 112-113, jan./jun. 2011.

reconhecidas pelo direito norte-americano, em seu conjunto (*Copyright Act*, outras leis federais e estaduais e a jurisprudência), satisfaziam as exigências do artigo 6bis da Convenção de Berna<sup>136</sup>. É dizer, os Estados Unidos só aderiram após um século e, ainda assim, nos seus próprios termos, não reconhecendo expressamente os direitos morais, em nítida demonstração de pensamento refratário.

Conforme afirma Cyrill Rigamonti, professor de Propriedade Intelectual da Universidade de Berna<sup>137</sup>, cidade em que primeiro se adotou a CUB, muito pouco aconteceu desde 1928, no que diz respeito à proteção internacional dos direitos extrapatrimoniais do autor. A maioria dos tratados internacionais adotados após a Segunda Guerra Mundial sequer a eles se refere. As referências na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) teriam natureza muito mais simbólica<sup>138</sup>.

Tal relato se confirma através do Acordo TRIPS<sup>139</sup>. Enquanto um dos anexos do “Acordo Constitutivo” da OMC, fora negociado ao final da Rodada do Uruguai, em 1994. Preocupado com o comércio internacional (como se extrai da própria nomenclatura) e fortemente pressionado pela concepção *copyright* dos Estados Unidos, excluiu expressamente os direitos morais, consoante se depreende de seu artigo 9, 1<sup>140</sup>.

Esse resgate histórico permite constatar uma contínua tensão, que reverbera desde o século XIX até os dias atuais e influencia todo e qualquer debate sobre o direito de autor. O reconhecimento da existência deste conflito e do seu impacto é essencial para melhor compreender certas questões, sobretudo as atinentes aos direitos morais. Quando, finalmente, se tratar do direito de retirada, serão apresentadas algumas críticas, sobretudo de autores associados ao sistema de *copyright*. Estas críticas não são, entretanto, neutras ou fortuitas. Perceber quem as emite e os seus “lugares de fala” possibilita enxergar além das cortinas, adentrar os bastidores.

<sup>136</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 655.

<sup>137</sup> UNIVERSITÄT BERN. Prof. Dr. Cyrill P. Rigamonti - Curriculum Vitae. Disponível em: <[www.iwr.unibe.ch/about\\_us/prof\\_dr\\_cyrill\\_p\\_rigamonti/curriculum\\_vitae/index\\_eng.html](http://www.iwr.unibe.ch/about_us/prof_dr_cyrill_p_rigamonti/curriculum_vitae/index_eng.html)>. Acesso em: 03 dez. 2017.

<sup>138</sup> RIGAMONTI, Cyrill P. **Deconstructing Moral Rights**. Harvard International Law Journal, vol. 47, n. 2, p. 357, 2006.

<sup>139</sup> A expressão “TRIPS” é uma abreviatura do inglês para “*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*”. Em português, a terminologia utilizada é “Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio”.

<sup>140</sup> ZANINI, op. cit., p. 121-123.

Nesse sentido e antes de encerrar este tópico, far-se-á breve alusão à comentário de Paul Goldstein, professor e pesquisador americano. Ele é apontado por Jane Ginsburg como a principal autoridade americana na área de *copyright* da contemporaneidade; já para Paul Katzenberger, trata-se de um dos mais notórios experts em *copyright* no mundo<sup>141</sup>. Em seu livro “*International Copyright: Principles, Law, and Practice*”, Goldstein afirma que se costuma atribuir aos sistemas de *civil law* uma proteção mais rigorosa dos direitos extrapatrimoniais do autor em comparação com os sistemas de *common law*. Assevera, todavia, que muitos países do *common law*, devido às suas particulares histórias de respeito aos direitos naturais dos autores, estabeleceram uma efetiva doutrina de proteção dos interesses pessoais<sup>142</sup>.

Ainda que se considere tal afirmação verdadeira, ela peca por querer igualar (ou insinuar uma igualdade entre) os níveis de proteção dos diferentes sistemas. Por partirem de premissas diferentes (de um lado, utilitarista; de outro, jusnaturalista), não podem nem têm como ser iguais. Além disso, se existe uma efetiva doutrina de proteção, por que a resistência em prever, expressamente, esta categoria de direitos?

À luz de tudo quanto ora exposto, resta claro que a concepção adotada neste trabalho é a que concede primazia aos direitos morais e associa-se ao *droit d’auteur*. Somente através dessa lente pode-se perceber que o mesmo Paul Goldstein que cita outras formas efetivas de proteção dos direitos subjetivos, traz, em seu livro, os direitos patrimoniais no capítulo 9 e os morais no capítulo 10. Quando se enxerga e se compreende essa disposição textual, é porque já se chegou aos bastidores.

### 3.5 DA TENSÃO ENTRE O INTERESSE DO AUTOR E O INTERESSE DA COLETIVIDADE

O raciocínio até então desenvolvido centrou-se no vínculo criador-criação. Urge, nesse momento, porém, tratar do “outro lado da moeda”. O autor não vive só, mas, sim, envolto em um tecido social, com o qual interage. Como bem indica Costa Netto, “não há na história

---

<sup>141</sup> GOLDSTEIN; HUGENHOLTZ, op. cit., p. iii.

<sup>142</sup> Ibid., p. 358.

conhecida de nenhuma civilização, em qualquer tempo, em que o eterno embate indivíduo-sociedade não tenha ocupado as preocupações centrais”<sup>143</sup>.

Desse modo, há de se reconhecer o valor que a obra tem para outras pessoas que dela usufruem – a própria coletividade. Bruno Jorge Hammes frisa bem a questão: “os autores criam cultura. A literatura e a arte são frutos da atividade intelectual humana. Dando proteção aos autores, o país promove e aumenta o patrimônio cultural<sup>144</sup>”. A proteção dos interesses do criador, destarte, garante o necessário incentivo para que ele continue criando e disponibilizando conhecimento, arte e cultura para a população. Mediamente, incentiva ainda outras pessoas a criarem, valendo-se do acervo cultural já estabelecido.

Ao mencionar anteriormente o artigo 1º, seção 8, cláusula 8, da Constituição Americana, pôde-se perceber que o objetivo declarado é o de promover o progresso da ciência e das artes úteis através – frise-se – da concessão de direitos exclusivos aos autores e inventores. A proteção da obra seria, dessa maneira, um meio para tutela de um interesse maior. É como se não se importasse especificamente com aquela criação, mas, em verdade, com as criações genericamente consideradas, com o próprio fato de criar. Trata-se da perspectiva utilitarista já ressaltada do “maior número pelo menor custo”.

Essa visão permeia a história legislativa dos Estados Unidos. Em relatório acerca do *Copyright Act* de 1909, de autoria de Frank Currier, da Comissão de Patentes, afirmou-se que:

*The enactment of copyright legislation by Congress under the terms of the Constitution is not based upon any natural right that the author has in his writings [...] but upon the ground that the welfare of the public will be served and progress of science and useful arts will be promoted [...]*<sup>145</sup>

Esse confronto de interesses aparece também no artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, já referenciada, cuja transcrição é de vital importância:

#### Artigo 27

<sup>143</sup> COSTA NETTO, op. cit., p. 16.

<sup>144</sup> HAMMES, op. cit., p. 34.

<sup>145</sup> UNIVERSITY OF NEW HAMPSHIRE. **The House Report 1 on the Copyright Act of 1909**. Disponível em:

<[www.ipmall.info/sites/default/files/hosted\\_resources/lipa/copyrights/The%20House%20Report%201%20on%20the%20Copyright%20Act%20of%201909.pdf](http://www.ipmall.info/sites/default/files/hosted_resources/lipa/copyrights/The%20House%20Report%201%20on%20the%20Copyright%20Act%20of%201909.pdf)>. Acesso em: 07 dez. 2017. “A aprovação pelo Congresso de uma lei de copyright, em conformidade com o texto constitucional, não se baseia em qualquer direito natural que o autor tenha em seus escritos [...] mas sim no fato de que se promoverá o bem-estar do público e o progresso da ciência e das artes úteis [...]” (tradução livre).

1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.
2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

José de Oliveira Ascensão, em texto no qual discute o fundamento do direito autoral como direito exclusivo, analisa essa ordenação do artigo 27. Observa que, somente na sequência, se acrescenta o direito à proteção dos interesses materiais e morais ligados à produção intelectual. Conclui, nessa esteira, que a proteção “terá de ser conciliada, senão subordinada, ao direito de todos de fruir da vida cultural”<sup>146</sup>.

No mesmo texto, no item 1.10 - “O interesse público”, relata que a atribuição de direitos exclusivos implica em uma restrição da liberdade dos outros. Por isso, dentro da sua proposta de reconciliar o Direito Autoral com o Direito da Cultura, aduz:

O fundamento foi encontrado numa razão de interesse público: as restrições deveriam ser temporárias e justificavam-se pelo fato de a atribuição dos direitos, recompensando o autor, estimular a criatividade. Passado o período normal de proteção, dar-se-ia a queda no domínio público.

Isso implicava um predomínio do interesse público em relação aos interesses privados. A extensão da proteção não era ditada por estes, mas pelo benefício público decorrente da outorga temporária do direito exclusivo.<sup>147</sup>

É inequívoco que o interesse coletivo sempre esteve intimamente ligado ao Direito de Autor. À referida conclusão pode-se chegar através da própria noção de domínio público e do regime de limitações<sup>148</sup>. Não há, por conseguinte, segundo Manoel J. Pereira dos Santos, qualquer contradição em reconhecer que se trata de direito natural do homem ao fruto de seu trabalho e, ainda assim, subordiná-lo a uma finalidade social ou a um prazo determinado de duração em função do interesse público<sup>149</sup>. A necessidade de atendimento à função social é, inclusive, consagrada pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5, inciso XXIII<sup>150</sup>.

<sup>146</sup> JABUR; SANTOS (Coord.), op. cit., p. 31.

<sup>147</sup> Ibid., p. 49-51.

<sup>148</sup> Ibid., p. 252.

<sup>149</sup> Ibid., p. 256.

<sup>150</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2017.

Essa exigência de atendimento ao interesse coletivo decorre da percepção de que só se cria a partir de algo preexistente. O autor não parte do “nada”, do vácuo. Ele constrói as suas ideias a partir de um terreno que já estava pronto antes mesmo dele nascer e que lhe servirá de alicerce<sup>151</sup>. Da mesma forma que o autor se “alimenta” da sociedade, esta, em uma espécie de cobrança de dívida pregressa, também quer se “alimentar” das suas criações<sup>152</sup>. Como pontua José de Oliveira Ascensão, “sem acesso ao patrimônio cultural também não há cultura”<sup>153</sup>.

Com isso, contudo, não se quer dizer que um direito deva se sobrepor ao outro, esmagando-o<sup>154</sup>. Ascensão, em seu texto “Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual”, sustenta a superioridade hierárquica do direito de acesso à cultura. Segundo ele, a Constituição encara o direito de autor apenas na vertente patrimonial, ao assegurar “o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” (art. 5, XXVII). Sendo assim, essa proteção “meramente patrimonial” o colocaria em inferioridade hierárquica perante os direitos ligados à promoção cultural<sup>155</sup>. Mais à frente, afirma “[...] se o direito de autor se revela um obstáculo ao acesso ao patrimônio cultural, terá de ceder alguma coisa, para que aquele direito hierarquicamente superior seja satisfeito”<sup>156</sup>.

Não se concorda com essa premissa hierárquica invocada pelo jurista português, que chega a afirmar que o aspecto moral estaria ausente na Carta de 1988. Como é cediço, o sentido das normas constitucionais não deve ser extraído nem de forma literal, nem de forma fragmentada, nem dissociado da história. A proteção dos interesses pessoais do autor antecede a própria Constituição de 1988, sendo já há muito tempo pacífica na doutrina nacional. A Lei

---

<sup>151</sup> Lapidares são as palavras de Carlos Alberto Bittar sobre o assunto: “A obra estética carece do individual – e individual aqui reflete necessariamente a ideia de inventividade e originalidade trazidas para o seio da cultura pelo autor – como carece do que precede ao autor, ou seja, do coletivo, pois todo autor, antes de ser autor, fala um idioma que foi socialmente aprendido, lê livros que foram criados por outros autores, é educado num tipo de cultura determinada, nasce dentro de um arranjo e contexto social particulares, é formado dentro do espírito de um tipo de formação familiar, para, então, tornar-se autor” (BITTAR, op. cit., p. 20).

<sup>152</sup> Novamente, Bittar: “[...] a obra é uma suma de elementos preexistentes ao autor, assumindo um sentido que extravasa à sua possibilidade de calcular os resultados de sua participação na formação de dados culturais” (BITTAR, op. cit., p. 21).

<sup>153</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

<sup>154</sup> Roland Barthes, escritor francês, chega a propor a morte do autor. “O leitor, jamais a crítica clássica se ocupou dele; para ela não há outro homem na literatura a não ser o que escreve. Estamos começando a não mais nos deixar engodar por essas espécies de antífrases com as quais a boa sociedade retruca soberbamente a favor daquilo que ela precisamente afasta, ignora, sufoca ou destrói; sabemos que, para devolver à escritura o seu futuro, é preciso inverter o mito: o nascimento do leitor deve pagar-se com a morte do Autor.” (BARTHES, Roland. **O Rumor da Língua**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 64).

<sup>155</sup> SANTOS, op. cit., p. 18-19.

<sup>156</sup> Ibid., p. 21.

de Direitos Autorais de 1973 (Lei nº 5.988), em seu capítulo II (“Dos direitos morais do autor”), já os previa e consagrava<sup>157</sup>.

Isto posto, deve-se encarar a Carta Magna enquanto unidade normativa, perquirindo se não teria ela concebido o criador por uma perspectiva mais abrangente, não apenas econômica. Ao assim se proceder, percebem-se outros dispositivos também voltados à sua proteção. O art. 5, inciso IX, prevê ser livre “a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Exsurge o direito de expressão, decorrência lógica da liberdade de pensamento (art. 5, inciso IV), como o direito de manifestar as sensações, sentimentos ou criatividade do indivíduo, através da pintura, música, teatro, fotografia, etc.<sup>158</sup>. O inciso XXVIII, do mesmo artigo, assegura também a proteção às participações individuais em obras coletivas e o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que se criou ou em que se participou.

Coloca-se, portanto, à disposição do criador, uma série de prerrogativas constitucionais. Diferentemente da Constituição Americana, entretanto, tais prerrogativas não são elencadas com o expreso desiderato de promover um bem maior (promoção da ciência, interesse coletivo ou coisa que o valha). Concedem-se direitos exclusivos e ponto, sem que, para isso, indique-se a razão de ser.

Em uma interpretação histórica, pode-se arguir que o fundamento primário é a pessoa humana, individualmente considerada. Protege-se o criador pelo criador e não enquanto ferramenta para consecução de interesses gerais. Mais ainda, percebe-se a autoria enquanto um meio de auto-realização da pessoa. Uma análise global da Constituição jamais poderia sugerir que determinado sujeito é visto apenas enquanto agente econômico, ignorando-se seus aspectos existenciais. Dessa forma, há de se interpretar as prerrogativas conjunta e extensivamente, percebendo que o alcance da norma ultrapassa a sua mera literalidade. Assim se faz não de forma leviana, mas atenta ao contexto histórico brasileiro que sempre enalteceu os direitos morais, em nítida vinculação ao sistema do *droit d’auteur*.

Segundo essa análise, teria a Constituição protegido o autor em sua plenitude. Se se reconhece a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, sem qualquer censura (art. 5, inciso IX), nada mais natural do que reconhecer, inversamente, a

---

<sup>157</sup> BRASIL. **Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973**. Lei de Direitos Autorais. Brasília, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm)>. Acesso em: 08 dez. 2017.

<sup>158</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 705.

liberdade de não se expressar e não ser forçado a fazê-lo. O criador não pode ser forçado a divulgar uma obra de sua autoria se assim não o desejar. Esse breve exame já indica a existência de uma proteção constitucional (silenciosa) de um direito pessoal do autor, comumente referido como direito ao inédito.

O direito moral, como já se apontou, além de tutelar a obra enquanto entidade própria, tutela também a personalidade do autor (duplo fundamento referido por Rodrigo Moraes)<sup>159</sup>. Ainda que se entenda que direitos morais não foram expressamente assegurados, não se pode olvidar que os direitos da personalidade o foram e estes contemplam também o criador. Ao proteger a personalidade do autor, protege-se a sua essência; os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais<sup>160</sup>.

Tecidas todas essas considerações, impõe o Princípio da Unidade da Constituição que se proceda a uma análise do conjunto. As normas não devem ser jamais analisadas em tiras, como preceitos isolados e dispersos<sup>161</sup>. Uma análise global, sistemática, histórica e teleológica permite concluir que o autor, protegido pelo texto constitucional, não é um mero empresário e existem outros interesses em relação à obra, não necessariamente patrimoniais.

Com essa afirmação, não se quer dizer que a Carta de 1988 tenha consagrado direitos morais específicos, como o de retirada, de modificação ou de acesso. A tal extrapolação não se ousa chegar. Assinala-se, tão-somente, que a proteção constitucionalmente assegurada não é e nem pode ser interpretada de forma restritiva e, por tal razão, não há que se falar em superioridade hierárquica *a priori* do direito de acesso à cultura. Acerca desse embate, expressivas as palavras de José Carlos Costa Netto:

Se a casa adquirida pelo indivíduo, o terreno objeto da posse – e posterior domínio lícito –, a mesa e a cadeira produzida por ele ou alguém a seu serviço pode integrar pacificamente o campo da propriedade individual privada, o que não se dizer do bem que surge do próprio indivíduo, como a criação intelectual?

Por que a inegável relevância da difusão cultural – elemento essencial no processo evolutivo das civilizações – seria fundamento de expropriação desse bem da órbita privativa do seu titular originário?

Por mais óbvia que seja a negativa a essa pretensão, o direito precisou caminhar mais tempo para identificar a necessidade da proteção ao autor de obra intelectual do que para punir o invasor de uma propriedade imóvel ou o ladrão de galinhas, conforme a história nos conta desde os primórdios da civilização<sup>162</sup>.

<sup>159</sup> MORAES, op. cit., p. 9.

<sup>160</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 143-144.

<sup>161</sup> CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 228.

<sup>162</sup> COSTA NETTO, op. cit., p. 25.

Contra essa noção de superioridade hierárquica milita o próprio Princípio da Unidade da Constituição, segundo o qual todos os bens jurídico-constitucionais decorrem da mesma fonte e têm o mesmo fundamento de validade: o poder constituinte originário. Ostentam, portanto, igual valor, não se devendo fazer qualquer distinção hierárquica entre suas normas<sup>163</sup>. Diante de colisão entre normas da mesma Constituição originária, em obediência ao Princípio da Concordeância Prática, deve-se ponderar os interesses em jogo à luz do caso concreto, determinando qual deve prevalecer em cada situação específica<sup>164</sup>.

Ressalte-se, por fim, que o direito de acesso à cultura aparece na Constituição Federal de 1988 enquanto uma obrigação estatal, conforme se depreende dos artigos a seguir transcritos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Consequentemente, não compete ao criador, em primeira linha, garantir que os demais membros da sociedade tenham acesso à cultura. Ainda que se atribua ao seu trabalho alguma função social, esta não é absoluta. Não é possível forçá-lo a divulgar sua obra gratuitamente, para o deleite coletivo. Ademais, o acesso à cultura deve ser genericamente considerado. A cultura não se resume ao autor A, B ou C, de modo que eventual indisponibilidade de determinada criação não repercute em uma crise da cultura nacional.

---

<sup>163</sup> CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 227 e 231.

<sup>164</sup> Ibid., p. 231-232.

## 4 O DIREITO MORAL DE RETIRADA

Assentada a base sob a qual se estrutura, analisar-se-á, finalmente, neste capítulo, o direito de retirada. Espera-se que as “curvas” percorridas nos capítulos anteriores possibilitem efetivamente uma melhor compreensão do problema central.

Reconhece-se, *ab initio*, a dificuldade de explorar o tema, sobretudo por uma perspectiva favorável à prerrogativa em questão. Por um lado, tem-se o desafio de defender direitos morais genericamente considerados, sejam eles quais forem, mormente em uma sociedade do capital e das transações econômicas. Como bem indicou Mira Rajan, os direitos morais têm, sim, um preço e esse preço talvez se torne ainda mais concreto diante deste que é apontado como um dos poderes mais drásticos do autor.

Por outro lado, a dificuldade de se estudar o tema decorre também da escassez de fontes sobre o assunto. Se se procede à breve pesquisa com o nome “direito de arrependimento” em ferramentas de busca online, depara-se, instantaneamente, com centenas de artigos na esfera consumerista. Para se chegar ao direito de arrependimento do autor ou direito de retirada – expressão que ora se prefere e cuja escolha será adiante justificada –, necessita o pesquisador ir além, buscar um pouco mais fundo. Alguns livros de direito autoral chegam a negligenciar o tema e muitos, quando sobre ele se debruçam, dedicam breves e sucintas linhas.

Pretende-se, no decorrer deste capítulo, superar essas dificuldades e explorar este que é um direito extremamente polêmico e, talvez por isso mesmo, apaixonante.

### 4.1 TERMINOLOGIA E CONCEITO

“Entre a limitação e a efetividade do direito de arrependimento do autor”. Esse título parece muito mais fluido; acomoda-se muito melhor no ouvido e na mente do leitor. “Arrependimento” soa, de fato, mais poético, mais artístico. Por que, então, falar em retirada – uma palavra tão seca e insossa –?

Parte da doutrina costuma apontar um como sendo o desdobramento do outro. Ter-se-ia uma fase interna, mental, em que o autor se arrependeria da obra criada e uma externa, em que ele externaria esse arrependimento e pleitearia a retirada<sup>165</sup>. Esta é, inclusive, a orientação adotada pela maioria da doutrina brasileira<sup>166</sup>.

Referido ponto de vista não será adotado no presente trabalho. Isto porque, ao falar em uma fase interna e em uma fase externa, termina-se sugerindo que uma se encontra sempre imbricada com a outra, em manifesta relação de causalidade. Como se terá a oportunidade de afirmar, nem sempre o desejo de retirar a obra de circulação tem um arrependimento enquanto motivo.

José de Oliveira Ascensão aduz que o termo arrependimento teria âmbito maior, pois “permitiria abranger formas de não cumprimento de obrigações de entrega, e não apenas a retirada de obra já em exploração”<sup>167</sup>. Considera-se tal distinção inócua, em virtude mesmo da antiga máxima “*in eo quod plus est, semper inest et minus*”, que remonta ao Digesto de Justiniano e consagrou-se na língua portuguesa através da expressão “quem pode o mais, pode o menos”.

Ora, se se confere ao autor o poder jurídico de retirar uma obra do comércio, cuja circulação já havia sido prévia e contratualmente estabelecida, com muito mais razão poderá ele recusar-se à mera entrega da obra. Eventual inserção da obra no mercado por terceiro pressupõe que ele a tenha recebido do autor. Se pode retirar depois de entregue e depois de iniciada a comercialização, torna-se facilmente defensável a possibilidade de uma simples recusa de entrega.

A escolha da palavra retirada, por mais seca e insossa que seja, é, portanto, proposital. Ciente de que não se está fazendo arte e que o objetivo não é entreter, optou-se por um termo que prestigiasse e contemplasse este direito moral do autor da forma mais ampla possível.

O *Code de la propriété intellectuelle* francês, em seu artigo L121-4, fala tanto em um “*droit de repentir*” (direito de arrependimento) quanto em um “*droit de retrait*” (direito de retirada). As legislações alemã e italiana, por outro lado, preferiram a expressão “retirada”. A seção V da Lei italiana nº 633, de 22 de abril de 1941, fala no “*Ritiro dell'opera dal*

---

<sup>165</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 2448.

<sup>166</sup> ZANINI, op. cit., p. 402.

<sup>167</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 135.

*commercio*”<sup>168</sup>. O parágrafo 42 da Lei de Direito Autoral alemã fala em “*Rückrufsrecht*”, significando “*Rückruf*” ou “*zurückrufen*” justamente retirada, retirar<sup>169</sup>. Esta foi também a orientação do legislador pátrio que se valeu, tanto na Lei nº 5.988/73 (art. 25, VI), quanto na Lei nº 9.610/98 (art. 24, VI), do termo “retirar de circulação”.

Superada essa questão terminológica, urge definir o que vem a ser este direito de retirada. Para Ascensão, trata-se de poder particularmente gravoso<sup>170</sup>. Já Zanini fala em um poder “bastante discricionário”<sup>171</sup>.

O direito de retirada está, de certa forma, conectado com o direito ao inédito<sup>172</sup>. Ao decidir divulgar e comercializar uma obra, o autor, de fato, se entrega. Uma fatia histórica da sua personalidade é depositada na criação. Porém, ao passo em que o criador vive e se desenvolve, continua a criação intacta, reproduzindo pedaços de um seu “eu” histórico.

É, contudo, normal (e até inevitável), em virtude da natureza humana e da própria vida, que se mude, se repense, se reconstrua. Essa reconstrução pode ser tamanha que o “eu” histórico depositado se tornou um “outro”. Operou-se verdadeiro desligamento, descompasso, desconexão entre as identidades.

Aliando-se a uma perspectiva valorizadora do vínculo criador-criação (sistema do *droit d'auteur*), revela-se inadmissível a continuidade de circulação de uma obra que não mais condiz com a essência do seu originador<sup>173</sup>. Como visto, este é também o fundamento do direito de modificação. Ocorre, entretanto, que nem sempre é possível resgatar o vínculo outrora existente entre os dois polos. É diante de uma incompatibilidade absoluta e irreversível que costuma ganhar importância o direito moral de retirada.

Grande parte dos autoristas, nacionais e estrangeiros, centra-se nessa ideia de incompatibilidade, mudança de convicção para explicar e justificar o direito de retirada. Referida noção é, de fato, essencial, haja vista representar a maioria dos casos de que normalmente se tem notícia. Não obstante, arriscar-se-á, no decorrer deste capítulo, a

<sup>168</sup> ITÁLIA. **Legge 22 aprile 1941 n. 633**. Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. Disponível em: <www.interlex.it/testi/141\_633.htm#142>. Acesso em: 11 jan. 2018.

<sup>169</sup> Apenas a título de curiosidade: a expressão *Rückrufsrecht* fora cunhada por De Boor e terminou se consagrando na língua jurídica alemã (ULMER, op. cit., p. 373).

<sup>170</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 135.

<sup>171</sup> ZANINI, op. cit., p. 400.

<sup>172</sup> RIGAMONTI, op. cit., p. 362.

<sup>173</sup> Ainda nesse sentido, Rodrigo Moraes: “A partir do momento em que o criador intelectual rejeita tais ideias, porque deixam de ser a irradiação de sua personalidade, a continuidade da circulação comercial de exemplares da obra que as consigna representa a perpetuação do que repudia e descarta, eternização do que era e não quer ser mais” (MORAES, op. cit., p. 206).

conceber a retirada por uma perspectiva mais abrangente, através da qual se averigüe se não existiriam outras razões que impulsionam o autor a não mais querer a divulgação da obra. Ora, se a ele cabe o direito de decidir como, quando, onde e se a obra será tornada pública (direito ao inédito), também deve, em princípio, a ele caber o direito de decidir quando ela não mais deve estar acessível ao público. Além disso, o direito moral de retirada posterior deve se sobrepor ao desejo pecuniário anterior, de comercialização, em conformidade com a já defendida proposta de preeminência dos direitos morais.

O direito de retirada assegura ao autor, em suma, a prerrogativa de retirar de circulação determinada obra por ele criada, a despeito de eventual contrato em que se tenha previamente transferido os direitos de utilização econômica a outrem e a despeito de eventual interesse que a coletividade nela tenha. Tem-se, enquanto prejudicado imediato, o terceiro que, de boa fé, explorava economicamente a obra e, mediatamente, a coletividade que, em tese, nela teria interesse. Em virtude da repercussão do seu exercício que muitos autoristas acentuam a sua gravidade.

#### 4.2 REQUISITOS

O direito de retirada há, porém, de ter algum limite, sob pena de se converter em um privilégio. O abandono da concepção meramente instrumental do criador, que nele enxergava uma simples ferramenta de realização da vontade divina e que desprezava o vínculo existente com a criação, representou uma vitória histórica. De fato, deve o autor ser considerado a “célula embrionária do sistema autoral”<sup>174</sup>.

Com isso, todavia, não se quer defender que ele próprio tenha se tornado um Deus e tudo possa. Apesar de seu protagonismo, o seu direito irá, inúmeras vezes, colidir com direitos de terceiros e o seu interesse jamais deverá ser tido como superior por princípio, *a priori*. Sendo assim, deverá ele atender a algumas exigências, as quais serão adiante analisadas.

Antes, porém, de proceder ao seu exame, deve-se ressaltar que o rol de requisitos ora elencado não necessariamente diz respeito às exigências da lei brasileira. Buscou-se, em

---

<sup>174</sup> MORAES, Rodrigo. **Os autores ainda não conhecem seus direitos**. Disponível em: <[http://www.rodriгомoraes.adv.br/index.php?site=1&modulo=eva\\_conteudo&co\\_cod=201](http://www.rodriгомoraes.adv.br/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=201)>. Acesso em: 11 jan. 2018.

verdade, na doutrina e também em legislações estrangeiras, os requisitos mais comumente discutidos, traçando verdadeiro paralelo e analisando cada um criticamente. As particularidades da lei autoral brasileira serão posterior e oportunamente examinadas.

#### 4.2.1 Da necessidade de indenização

O primeiro requisito que se costuma impor é o da indenização. Em uma sociedade, espera-se que as pessoas cumpram com as suas promessas e honrem as suas palavras. Deve haver uma espécie de sistema de confiança coletiva. Caso assim não seja, instaurar-se-á o caos e o país estará fadado ao fracasso. O tão reverberado *pacta sunt servanda* visa justamente assegurar essa ordem social, garantindo que cada indivíduo respeite os pactos, negociações, acordos que venha a firmar.

No que diz respeito ao problema em questão, tem-se um sujeito que produziu determinada obra intelectual e pretende veiculá-la. Por razões que escapam ao escopo deste trabalho, não tem ele interesse ou condições de assim proceder autonomamente. Negocia, por conseguinte, com um terceiro, a fim de que este insira a obra no mercado e possibilite a sua divulgação. Este terceiro não está fazendo um favor, uma boa ação, mas, sim, desempenhando um trabalho, pelo qual espera ser remunerado. Ao desistir abruptamente da comercialização, surpreende o autor a outra parte contratante, causando-lhe muitas vezes um prejuízo.

Em se tratando de uma obra literária, imagine que o terceiro já tenha contratado com outras pessoas, discutido elementos visuais do produto (tamanho da folha, tipo da letra, qualidade do papel), realizado a diagramação e a revisão, preparado a capa do livro<sup>175</sup>, reproduzido centenas de cópias e distribuído por livrarias de todo o país. Costuma haver sempre um custo envolvido no processo de divulgação, seja qual for o tipo da obra. Imagine-se, então, que, poucos anos depois, o autor anuncia, por uma razão qualquer, que deseja ver todas as obras retiradas de circulação. Deve o terceiro suportar esse prejuízo? Sob qual justificativa? Eloquentes são as palavras de Ascensão sobre o assunto:

De fato, o terceiro nenhuma culpa tem na mudança de orientações do autor. Só a este é imputável se primeiro pensava de uma maneira e passou a pensar de outra. Bem

<sup>175</sup> MUNDO ESTRANHO. **Como é a edição e a produção de um livro?**. Disponível em: <<https://mundoestranho.abril.com.br/cultura/como-e-a-edicao-e-producao-de-um-livro/>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

está que seja onerado com a indenização de danos causados em contrapartida do exercício do direito de retirada. Isso servirá pelo menos para evitar excessiva ligeireza na mudança de concepções.<sup>176</sup>

De forma semelhante, posiciona-se também Delia Lipszyc, defendendo o respeito à liberdade de pensamento, a qual envolve necessariamente também a liberdade de mudar de opinião. Para ela, contudo, a indenização dos danos sofridos é uma exigência que deve estar sempre presente<sup>177</sup>. Nos países que reconhecem o direito de retirada, representa a indenização requisito constante.

Há, naturalmente, autores que se contrapõem à necessidade de indenizar. Bruno Jorge Hammes provoca, afirmando que “não é por ser pobre que o autor deve continuar sujeito a sofrimentos e perseguições”<sup>178</sup>. Strömholm alerta que as condições de compensação envolvidas impedem que este direito se torne uma possibilidade prática para o criador<sup>179</sup>.

Tais considerações são pertinentes e levantam um debate polêmico, acerca do qual não existe resposta simples. No entendimento de Rodrigo Moraes, não deve a prévia indenização (algumas legislações preveem essa espécie de “requisito complementar”, incluindo-se dentre elas a brasileira<sup>180</sup>) ser interpretada como condição *sine qua non* ao exercício do direito de retirada. Segundo ele, tal exigência repercutiria na sobreposição do ter ao ser, do dinheiro à dignidade da pessoa humana. Propõe, então, que o magistrado analise cada caso concreto, ponderando os interesses contrapostos e buscando equilibrá-los<sup>181</sup>.

A solução aventada por Moraes pode, de fato, ser uma alternativa. Parece prudente que, diante do caso concreto, o juiz avalie o motivo que fundamenta o desejo de retirada (aspecto a ser trabalhado mais adiante) e a real possibilidade (ou impossibilidade) do autor de indenizar o terceiro. Em alguns casos, será nítido que o sofrimento suportado pela continuidade de circulação supera o prejuízo econômico da outra parte.

Não se pode, porém, esquecer que há um prejuízo da outra parte e este não deve ser desmerecido. Em inúmeras ocasiões, ter-se-ão verdadeiros *hard cases*, em que o interesse de

<sup>176</sup> ASCENSÃO, op. cit., p. 136.

<sup>177</sup> LIPSZYC, op. cit., p. 2455.

<sup>178</sup> HAMMES, op. cit., p. 78.

<sup>179</sup> STRÖMHOLM, op. cit., p. 237-238.

<sup>180</sup> Leonardo Estevam de Assis observa que o pagamento de indenização a terceiros já era exigido pela Lei nº. 5.988/73 e que, com o advento da Lei nº 9.610/98, este passou a ser exigido previamente, o que, em sua opinião, tornou mais difícil o exercício do direito. (ZANINI, op. cit., p. 408)

<sup>181</sup> MORAES, op. cit., p. 224.

um não seja tão flagrantemente maior do que o do outro. Nessa zona cinzenta, a solução não será tão facilmente encontrada.

Discorda-se, entretanto, de Rodrigo Moraes quanto à natureza da indenização. Entende-se que se trata, sim, de uma condição *sine qua non* e não de mero elemento accidental. O terceiro não tem, de fato, nenhuma culpa se o autor muda as suas convicções ou, por outro motivo qualquer, decide retirar a obra do comércio. Por isso mesmo, não deve ser encarado como o polo a ser constantemente vencido. Se assim se pretendesse, haveria verdadeira instabilidade no mundo da cultura, arte, ciência. Os “intermediários da divulgação” – mensageiros, para utilizar a linguagem kantiana – estariam sempre se questionando o quão polêmica é a mensagem e os riscos de arrependimento ou mudança de convicção futuras. Com isso, prejudicar-se-iam os destinatários finais da mensagem, a difusão de conhecimento e os próprios autores, que não conseguiriam ver as suas ideias mais controvertidas divulgadas.

Em suma, defende-se que a indenização deva ser a regra e o limite do próprio direito. Apenas quando essa limitação se tornar excessiva, impeditiva do próprio exercício, comprometedora da efetividade do direito, que pode haver uma flexibilização, sempre diante do caso concreto e sempre atento aos valores em jogo<sup>182</sup>. O fato de não poder arcar com a indenização de todos os investimentos feitos pelo terceiro não deve isentar o autor de indenizá-lo dentro das suas capacidades econômicas. É dizer, a impossibilidade de uma indenização total não o isenta de uma indenização parcial. Somente a partir de uma visão que consagra a essencialidade desse requisito, pode-se chegar a análises desta natureza.

A alternativa proposta por Moraes tem potencial para sanar o problema e viabilizar o exercício do direito. No entanto, ela não exonera o terceiro, que, no final das contas, termina assumindo um prejuízo que não causou e nem podia razoavelmente prever. Debruçando-se sobre a questão, pode-se chegar a outra alternativa, que afaste o terceiro por completo dessa conjuntura.

Parece lógico que os maiores interessados no fortalecimento dos direitos morais são os próprios autores. Eles que efetivamente ganham com a estruturação de um sistema mais humanizado. Se a eles deve ser atribuído o bônus, nada mais natural que, em determinadas situações, arquem também com o ônus. Nessa senda, vislumbra-se a possibilidade de

---

<sup>182</sup> Apenas a título de curiosidade, traz-se interessante previsão da Lei de Direitos Autorais alemã. No parágrafo 42, item 3, prevê-se que o titular do direito de utilização deve informar ao autor, dentro de três meses, a contar do momento em que se pleiteou a retirada, quais os custos assumidos com o processo de divulgação até aquele momento. Se assim não proceder, expirado o prazo de três meses, efetivar-se-á a retirada.

formação de um fundo, através do qual se possa efetivamente garantir o exercício dos direitos morais, sobretudo o de retirada. Da mesma forma que os autores se organizam em associações e sociedades com os mais diversos propósitos, seria também possível que se organizassem para instituir um fundo comum, em que as contribuições individuais fossem quase que irrelevantes, mas, agregadas, alcançassem valor considerável.

Como esse fundo seria instituído, organizado e gerido; se sequer seria viável; são perguntas que, por ora, não se pretende responder. Faz-se tão somente a provocação, por acreditar que, de fato, o maior interessado em ter um direito deve ser também chamado quando da busca de soluções práticas. Caso contrário, não se tem interesse e o direito de retirada pode seguir enquanto – como muitos apontam – mera legislação simbólica.

Mas o que exatamente deve ser indenizado? Zanini pontua que a atual Lei de Direitos Autorais brasileira (Lei nº. 9.610/98) não estabelece nenhuma regra especial, pelo que são aplicáveis as normais gerais do Código Civil. As perdas e danos abrangeriam, então, os danos emergentes e os lucros cessantes, “considerando as consequências imediatas, diretas e previsíveis do fato lesivo”<sup>183</sup>. No que atine aos danos emergentes, não há muito espaço para problematização. Parece natural que o terceiro seja indenizado, por exemplo, pelos gastos com propaganda de uma obra que, no final das contas, sequer será mais inserida no mercado. O que pode levantar algum debate é a questão dos lucros cessantes.

Se se adota este instituto jurídico, deverá o terceiro, segundo o artigo 402 do Código Civil brasileiro<sup>184</sup>, ser também indenizado do que “razoavelmente deixou de lucrar”. Moraes assinala que os lucros cessantes devem ser analisados com razoabilidade, não devendo o terceiro, “a torto e a direito, alegar que a obra retirada de circulação ‘certamente faria muito sucesso num futuro próximo’.”. Adverte que não há qualquer respaldo jurídico nesse “exercício de futurologia”<sup>185</sup>.

Em âmbito de pesquisa jurídica, como ora se encontra, diante de um problema científico, é possível (e até aconselhável) ir um pouco além, desprender-se do que o Código e as leis brasileiras previram ou deixaram de prever. Ousa-se defender que não deveria o autor indenizar o terceiro pelos ganhos que este almejava obter, fossem esses razoáveis, previsíveis, ou não. Com a indenização dos danos emergentes, retorna-se ao *status quo ante*. O trabalho

---

<sup>183</sup> ZANINI, op. cit., p. 409.

<sup>184</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 12 jan. 2018.

<sup>185</sup> MORAES, op. cit., p. 225.

do terceiro, os gastos que este efetivamente experimentou restam ressarcidos. Não tem ele direito sobre os frutos que o trabalho intelectual de outrem geraria. Retornando mais uma vez à ideia de Kant, exercia ele tão somente a função de mensageiro. Não foi ele quem idealizou a mensagem.

Se o criador não quer mais compartilhá-la, não pode o terceiro sentir-se dono da mensagem e querer fruir “daquilo que poderia ter sido”. Da mesma forma que ele não tem culpa pelo desejo de retirada alheio, tampouco tem o autor culpa pela sua mudança de convicção<sup>186</sup>. Nessa esteira, crê-se que a mera indenização dos danos emergentes seria satisfatória e que eventual compensação pelos lucros cessantes pode inviabilizar o exercício do direito<sup>187</sup>.

#### 4.2.2 Objeto da retirada

Nesse ponto, não se tratará propriamente de um requisito, mas de um aspecto de extrema importância para a compreensão do instituto, haja vista realizar também uma função limitadora. Falou-se, até o momento, em “retirar obras de circulação”. Essa escolha de palavras não é aleatória. Através delas, quer-se, de certa forma, restringir o direito de retirada. Não pode o autor reaver todas as obras que dele se apartaram. Retiradas serão apenas aquelas que ainda estão em trânsito, sendo comercializadas, que não foram efetivamente adquiridas. Protege-se, com isso, o legítimo direito do terceiro adquirente.

Moraes exemplifica: “É inverossímil imaginar um autor invadindo domicílios e furtando exemplares, na insana tentativa de não deixar nenhum rastro da obra renegada”<sup>188</sup>.

Zanini complementa:

Também não há que se falar na proibição de que terceiros relatem ou cite a opinião manifestada em um trabalho retirado de circulação pelo autor, mesmo porque

---

<sup>186</sup> Ao se referir à mudança de convicção, nesse caso, quer-se contemplar não unicamente a mudança de opinião quanto a algo que se escreveu (noção tradicional de arrependimento), mas, inclusive, à própria decisão de divulgar determinado pensamento, por motivos outros.

<sup>187</sup> Interessante transcrever trecho do livro de Ascensão que corrobora a ideia ora defendida: “Observe-se todavia que o normal exercício do direito de arrependimento não é um ato ilícito. As indenizações a que houver de proceder não se alicerçam numa idéia de culpa do autor. Escapam portanto às regras dos arts. 121 e seguintes, que tratam de sanções. É de supor que o autor fique em situação mais suave do que aquela em que se encontraria se devesse falar-se de um inadimplemento (ilícito) do contrato por ele celebrado” (ASCENSÃO, op. cit., p. 136-137).

<sup>188</sup> MORAES, op. cit., p. 222.

referido trabalho foi divulgado regularmente e pode se fazer presente em bibliotecas ou arquivos públicos.<sup>189</sup>

De fato, ao divulgar uma ideia, seja na forma de uma música, um escrito ou uma tela, desprende-se ela do autor e ganha vida própria. Como bem disse Thomas Jefferson, a ideia termina forçando a sua apropriação por todos e o receptor não consegue dela se desapropriar. Trata-se das noções já trabalhadas da ubiquidade e da inesgotabilidade. A retirada é, assim, em certa medida, ilusória, ainda que parcialmente. Não há como obrigar as pessoas a esquecerem o texto que leram, a música que ouviram ou a pintura que admiraram. O caminho é, em parte, sem volta<sup>190</sup>.

Por que, então, falar em retirada? Qual seria a função do direito? O que se retira não é a ideia, a obra propriamente dita, mas, sim, o suporte. Com isso, impede-se que mais e mais pessoas continuem tendo acesso a um pensamento anacrônico ou que não se deseja mais difundir. Acredita-se que isso, por si só, já justifique essa prerrogativa autoral. Referido aspecto representa matéria de fundamental importância, à qual se retornará e aprofundará posteriormente.

#### 4.2.3 Da motivação

Outra relevante questão é determinar se o autor precisa apresentar algum motivo que justifique o seu anseio de retirada ou se bastaria, tão-somente, assim se manifestar. O Código francês de Propriedade Intelectual não prevê, em seu artigo L121-4, qualquer necessidade de motivação, sendo, por isso, considerado um dos mais liberais<sup>191</sup>. Essa fora, inclusive, a orientação adotada pela Lei de Direitos Autorais brasileira de 1973.

Segundo Zanini, não seria possível exigir a apresentação de motivos para o exercício do direito de retirada, dada a dificuldade de analisar os fatores “que levaram o criador a entender que uma determinada obra não projetava mais sua personalidade”. Para ele, caso tenha havido exercício abusivo do direito de retirada, podem os prejudicados, *a posteriori*, ingressar com

<sup>189</sup> ZANINI, op. cit., p. 407-408.

<sup>190</sup> O autoralista baiano assim também se pronuncia: “Em tese, desfazer-se de obra já divulgada e em circulação é tarefa irrealizável. De qualquer sorte, o direito moral ao arrependimento flexibiliza situações aparentemente perpétuas e definitivas. Mitiga a inexorabilidade, abrandando situações consideradas fatalisticamente como imutáveis”. (MORAES, op. cit., p. 205)

<sup>191</sup> DIETZ, A., op. cit., p. 110.

ação contra o autor, oportunidade em que serão discutidos os fundamentos da retirada e eventuais benefícios econômicos obtidos com o seu exercício<sup>192</sup>.

Perfilha-se, porém, entendimento diverso. Quando se pleiteia a guarda unilateral de um filho, quando se busca a internação compulsória de um ente querido, bem como diante de outras demandas judiciais (sobretudo as mais graves), costuma-se indicar o porquê. O querer humano não surge do vazio; está sempre alimentado por alguma razão. Com a retirada, em virtude mesmo da gravidade de seus efeitos, não pode ser diferente, sob pena de se converter em um direito absoluto. Sendo assim, afigura-se razoável exigir que o autor forneça uma fundamentação mínima.

Ao exigir uma justificativa, não se pretende que o magistrado proceda a uma análise pessoal acerca da sua suficiência ou insuficiência. Deve ele apenas conferir, objetivamente, se há algum respaldo mínimo a assistir o pleito (exame perfunctório). Exemplifica-se: determinado médico publicou, aos 24 anos, recém-formado, artigo científico, no qual defende a interrupção da gravidez. Anos mais tarde, adota determinada religião e revê aquele posicionamento. A motivação religiosa deve ser considerada válida para o exercício do direito. Não deve o magistrado trazer as suas impressões pessoais acerca da temática ou da religião à qual o outro se filiara.

Nesse sentido, julga-se indispensável a exigência de uma motivação, a fim de evitar que o exercício do direito se torne abusivo. Assim também se manifesta Rodrigo Moraes:

O direito ao arrependimento, quando totalmente desmotivado, pode representar sério risco para a estabilidade das relações jurídicas. Ele foi previsto para proteger a personalidade do autor e não para acobertar comportamentos simulados e egoístas, que se opõem ao bom senso.<sup>193</sup>

Essa motivação, no entanto, não necessariamente precisa decorrer de um arrependimento, muito embora seja provavelmente a hipótese mais recorrente e mais acessível quando se busca explicar o instituto. Encarando-se a obra enquanto prolongamento do criador, chega-se à conclusão de que, sem ele, jamais teria ela existido, ao menos não da forma e nos mínimos detalhes em que fora idealizada. O vínculo que prende a obra ao autor é maior e mais intenso do que o vínculo que essa obra tenha eventualmente formado com terceiros. Sendo assim, ao conceber um amplo direito de retirada, seja ele motivado por um

---

<sup>192</sup> ZANINI, op. cit., p. 407.

<sup>193</sup> MORAES, op. cit., p. 217.

arrependimento ou não, prestigia-se aquela ligação originária, a qual já se chamou de inquebrantável, indissolúvel.

Possível, portanto, imaginar o caso de um cantor famoso que tenha escrito uma autobiografia, narrando minuciosamente cada uma de suas experiências. Imagine-se que ele relate a sua relação abusiva com o álcool, garotas de programa e as drogas. Posteriormente, percebe que a sua decisão de divulgar tais fatos fora precipitada. Não que ele se arrependa do que escreveu ou de tudo que fez. Ele simplesmente volta atrás no desejo de comunicar fatos íntimos de sua vida a toda uma coletividade.

Nessa hipótese, não haveria propriamente aquela ideia de arrependimento, costumeiramente citada pelos autoristas<sup>194</sup>. O autor não quer retirar porque pensava de uma forma e depois passou a pensar de outra ou porque a obra não mais corresponde à sua personalidade. O seu “arrependimento” reduz-se apenas à divulgação daquele conteúdo.

Bruno Jorge Hammes, embora não estivesse problematizando a questão do arrependimento e da motivação, aventou cenário que corrobora a ideia ora proposta. Aventa ele um período ditatorial, no qual determinado jovem estudante publica um livro, o qual é rotulado como reacionário e desencadeia a sua perseguição. Questiona: “Deverá o autor continuar a ser perseguido e suportar a ulterior divulgação só pelo fato de haver um contrato que favoreça o editor?”<sup>195</sup>. Nesse caso, sequer haveria arrependimento quanto à divulgação, mas, sim, um receio pela própria vida e integridade física.

Através desses dois exemplos, quer-se fundamentar a preferência pela expressão “direito de retirada” e demonstrar que ela não necessariamente decorre de uma fase anterior interna (arrependimento). A noção de arrependimento talvez até efetivamente represente o núcleo do direito e melhor lhe traduza. Escolhe-se, todavia, uma expressão mais ampla, pois assim se concede ao autor um direito mais robusto. Insubstituíveis são as palavras de Leonardo Zanini:

Todavia, parece-nos que tal raciocínio não está isento de críticas, uma vez que a legislação não exige que o autor retire sua obra de circulação em função necessariamente de imperfeições, erros ou lacunas. O autor pode evidentemente vir a

<sup>194</sup> A seguir, exemplos formulados por Rodrigo Moraes: “Duas situações podem ser imaginadas. Um jurista, na flor da juventude, defende estudo a favor da pena de morte. Anos depois, refletindo melhor, abraça ideais pacifistas, passando a repudiar o que escreveu sobre a matéria. Uma médica, também em início de carreira, escreve livro defendendo a pesquisa com células-tronco. Posteriormente, muda de opinião. Os dois trabalhos literários refletem as personalidades dos jovens autores. Como os seus valores mudaram, as obras não mais correspondem às suas atuais convicções” (Ibid., p. 206).

<sup>195</sup> HAMMES, op. cit., p. 77.

repudiá-la ou se retratar, o que justificaria sua retirada de circulação, mas também pode retirá-la por razões outras, como o temor por sanções penais, políticas, religiosas etc. Desse modo, as expressões direito ao arrependimento e direito de retrato, frequentemente utilizadas, não abrangem o direito em questão em toda a sua plenitude, tornando-se, por isso, insuficientes.<sup>196</sup>

Feita essa distinção, pode-se prosseguir na análise do requisito. As legislações costumam trazer a motivação enquanto uma das exigências para o exercício desta prerrogativa. A lei italiana nº 633/1941, em seu artigo 142, por exemplo, exige “*gravi ragioni morali*” (graves razões morais). O artigo 14.6 da *Ley de Propiedad Intelectual* espanhola exige “*cambio de sus convicciones intelectuales o morales*” (mudança de suas convicções intelectuais ou morais)<sup>197</sup>. Já o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos português fala em “razões morais atendíveis” (art. 62)<sup>198</sup>.

Outra previsão legal de peculiar importância pode ser extraída da Lei de Direitos Autorais alemã, a qual em seguida se transcreve e se traduz:

§ 42 Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung

(1) Der Urheber kann ein Nutzungsrecht gegenüber dem Inhaber zurückrufen, wenn das Werk seiner Überzeugung nicht mehr entspricht und ihm deshalb die Verwertung des Werkes nicht mehr zugemutet werden kann. [...]

§ 42 Direito de retirada em virtude de mudança de convicção

(1) O autor pode revogar um direito de utilização cedido à terceiro, quando a obra não mais corresponder à sua convicção e, por isso, a continuidade de sua exploração não lhe seja mais exigível. [...] (tradução livre)

Segundo Adolf Dietz, haveria dois fatores: subjetivo e objetivo. O subjetivo seria justamente esta incompatibilidade, enquanto que o objetivo seria aquele a ser apreciado pelo juiz, através daquilo que convencionou chamar de “*Zumutbarkeitsmaßstab*”<sup>199</sup>. “*Zumutbar*” pode ser traduzido como justo, razoável, aceitável, suportável. “*Maßstab*” significa escala. Ter-se-ia, então, uma espécie de “escala de tolerabilidade” (tradução livre da expressão). Ou

<sup>196</sup> ZANINI, op. cit., p. 403.

<sup>197</sup> ESPANHA. **Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril**. Ley de Propiedad Intelectual. Madrid, 1996. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

<sup>198</sup> PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março**. Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Disponível em: <[www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=484&tabela=leis&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=484&tabela=leis&so_miolo=>)>. Acesso em: 13 jan. 2018.

<sup>199</sup> DIETZ, A., op. cit., p. 110.

seja, ao magistrado incumbe analisar se a incompatibilidade alegada é tamanha que torna a continuidade da exploração intolerável, inexigível.

Artur-Axel Wandtke explica, ainda, que “*Überzeugung*” (convicção) deve ser interpretada extensivamente, abrangendo todos os conceitos morais (*Wertvorstellungen*) do autor, sejam eles de ordem artística, política, científica ou pessoal<sup>200</sup>.

Em um trabalho que pretende discutir os “limites da limitação”<sup>201</sup>, parece oportuno desembaraçar esse novelo e analisar cada “fio” mais detidamente. Considera-se que a lei portuguesa tenha encontrado o limite perfeito, ao cunhar o termo “razões morais atendíveis”. Está-se, ainda, no campo do exame perfunctório proposto, onde se exige tão somente que o autor forneça uma fundamentação e que ela seja minimamente razoável.

A lei espanhola peca por exigir uma mudança de convicção, restringindo, desse modo, as possibilidades de exercício. As leis italiana e alemã também passaram do ponto. O que seriam “graves razões morais”? O que é grave para o autor pode não ser para o juiz, e vice-versa. O mesmo pode ser dito da lei alemã. O que é tolerável, suportável? Trata-se de noção fixa, universal, ou de conceito que varia de pessoa para pessoa? Propõe-se, dessarte, evitar expressões com alta carga de subjetivismo, em virtude do risco de relativização que lhes é inerente, o qual pode comprometer a própria efetividade do direito.

Na maioria dos casos, são, de fato, motivos graves que fundamentam o desejo de retirada do autor. Como já se teve a oportunidade de inúmeras vezes ressaltar, a criação é fruto de um esforço intelectual e a divulgação, um ato de desprendimento. Se deseja voltar atrás e, para tanto, indeniza todos aqueles com que contratou, é porque algo de muito sério o impulsiona nessa direção.

Sinaliza-se, por fim, que a vigente Lei de Direitos Autorais brasileira (Lei nº 9.610/98) também exigiu um motivo. Ele será mais à frente examinado, mas adianta-se, desde já, que representa limite ainda mais excessivo do que os das leis italiana e alemã, a comprometer a efetividade do direito.

---

<sup>200</sup> WANDTKE, op. cit., p. 231.

<sup>201</sup> Eis o fio condutor de todo este trabalho: arguir que o direito de retirada deve, sim, ser limitado, em atenção mesmo à sua natureza e às consequências do seu exercício, mas que há também um limite para esta limitação (o pleonasma é, por ora, bem-vindo). Buscar-se-á, a todo momento, o “ponto ótimo” que assegure a efetividade do direito e contenha limitações excessivas.

#### 4.2.4 Da personalidade

À luz de tudo quanto exposto, pode-se facilmente concluir que o direito de retirada é pessoal, intransferível, intransmissível, irrenunciável e imprescritível. Como o vínculo se dá entre o criador e a criação, somente ele tem condições de afirmar que a obra não mais corresponde à sua personalidade ou apresentar outro motivo que fundamente o seu direito de retirada.

Acertou o legislador italiano ao prever, no artigo 142 da lei supracitada, que “*Questo diritto è personale e non è trasmissibile*”. Afigura-se admissível que os herdeiros exercitem referido direito enquanto legitimados extraordinários, em virtude de testamento (meio mais adequado) no qual o autor tenha expressamente consagrado tal desejo (a lei alemã prevê essa possibilidade no parágrafo 42, item 1).

No mesmo parágrafo, prevê, ainda, a lei alemã a possibilidade dos herdeiros exercitarem o direito sempre que restar comprovado que o autor almejava a retirada, mas, por alguma razão, tenha sido impossibilitado de pleiteá-la judicialmente. Nessas particulares condições, admitiu o legislador alemão o exercício pelos herdeiros, por entender que o autor, se vivo estivesse, autorizaria esse exercício póstumo. Zanini aponta algumas situações de força maior ou caso fortuito que o impossibilitariam de exercer o direito ainda em vida: prisão, greve do correio, catástrofe natural, morte inesperada em acidente<sup>202</sup>.

Ainda que se admita previsão dessa natureza, deve ela ser analisada com extrema cautela. Encara-se o exercício pelos herdeiros como excepcional, evitando-se, com isso, a concessão de poderes demasiadamente amplos. Em atenção à gravidade e à personalidade do instituto, exsurge a via testamentária enquanto alternativa mais segura. Se não há testamento, deve-se exigir provas recentes e inquestionáveis de que o autor pleiteava a retirada e fora factualmente impedido.

Propõe-se, portanto, três critérios: temporalidade, certeza e impedimento. Se o autor falou, muito tempo antes de falecer, que não queria mais autorizar a circulação de determinada obra, parece a possibilidade de atuação dos herdeiros. Como determinar se, depois daquele momento, não mudou ele de ideia? Deve haver ainda absoluta certeza quanto ao desejo de retirada. Não basta uma singela declaração de descontentamento. Mais do que não gostar da obra (ou de sua divulgação), precisa ter o autor desejado veementemente a sua

---

<sup>202</sup> ZANINI, op. cit., p. 416.

retirada. Enquanto último critério, exige-se a existência de real impedimento. Não basta uma declaração recente e a certeza de que gostaria de retirar. Mais do que isso, precisa ele ter sido impedido de assim proceder. Seria, por exemplo, o caso de ter marcado uma reunião com advogado para discutir os detalhes da demanda e ter falecido, inesperadamente, antes da data prevista. O primeiro passo no sentido da retirada precisa ter sido tomado.

Ao adotar tais critérios, garante-se maior segurança ao instituto. Se o vínculo se dá entre originador e obra, a interferência de terceiros, seja quem forem, só pode ser admitida restritivamente. A mera fundamentação com base em carta escrita pelo autor, em determinado momento de sua vida, traria enormes incertezas. Como aferir a intensidade daquele desejo e a sua motivação? Como determinar se permaneceu ele intocado? Como se certificar de que não se tratou de mero impulso? Mais condizente com a natureza do instituto que o próprio autor proponha a demanda ou concretize essa sua vontade, de forma inquestionável, em um testamento. Se assim não o faz, deve qualquer outra possibilidade ser cuidadosamente admitida.

Por fim, observa Dietz que, a despeito da inexistência de previsão expressa na lei francesa, a possibilidade de exercício pelos herdeiros é excluída pela doutrina. Isto porque os autoristas franceses concebem que, após a morte do criador, extinguem-se todos os aspectos positivos do direito moral, restando aos sucessores tão-somente funções negativas, defensivas<sup>203</sup>.

#### **4.2.5 Da reinserção e do contratante originário**

Delia Lipszyc alerta que nada impede o autor, depois de exercer o direito de retirada, de mudar novamente de opinião e decidir explorar novamente a obra. Em assim sendo, considera-se justo que o antigo co-contratante goze de prioridade e volte a utilizar a obra em condições razoavelmente similares às originárias. Desta maneira, evita-se que o direito de retrato ou arrependimento seja utilizado para melhorar as condições econômicas originariamente pactuadas<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> DIETZ, A., op. cit., p. 111.

<sup>204</sup> LIPSZYC, op. cit., pos. 2474-2478.

Tal requisito é, também, de fundamental importância e serve, mais uma vez, para limitar o direito de retirada e impedir eventual abusividade. Não é inimaginável que determinado sujeito escreva uma música, celebre um contrato com alguém e, anos depois, essa música se torne um sucesso. Esse indivíduo, então, insatisfeito com o contrato previamente celebrado e tendo alguma condição financeira, decide retirar a obra de circulação, indenizar a outra parte, para, logo em seguida, reinseri-la no mercado em condições que lhe sejam mais proveitosas. A prioridade do co-contratante assegura que o direito de retirada não seja desvirtuado e se transforme em artifício para busca de maiores lucros. Reforça-se, outrossim, o viés extrapatrimonial do direito.

Algumas legislações adotam essa previsão, podendo-se citar a alemã e a francesa. A lei autoral francesa, em seu artigo L121-4, estabelece que o direito de prioridade deve ser assegurado nas mesmas condições que foram originariamente determinadas (*et aux conditions originariamente déterminées*). Já a lei alemã fala em “*angemessene Bedingungen*”, ou seja, em condições adequadas, razoáveis.

Nesse quesito, parece ter sido a lei alemã mais prudente. Uma vinculação irrestrita às condições originárias pode revelar-se injusta. Se a reinserção no mercado ocorre depois de curto intervalo de tempo, deve o contrato original ser preservado. Se, todavia, a reinserção se dá após dez anos, anacrônicas revelam-se as condições originariamente pactuadas, devendo-se proceder à devida adequação.

#### 4.3 DAS CRÍTICAS E DO INTERESSE COLETIVO CONTRAPOSTO

Dentre todos os direitos morais, talvez seja o de retirada o mais fortemente criticado. Poucas legislações o asseguram, o que, para Adolf Dietz, se deve à falta de uma previsão uniforme em âmbito supranacional<sup>205</sup>. Como já visto, a Convenção de Berna limitou-se a tutelar, timidamente, apenas os direitos morais de paternidade e integridade da obra, o que certamente contribui para uma (des)proteção fragmentada dos demais direitos extrapatrimoniais mundo afora. Neste subtópico, pretende-se enfrentar tais críticas e justificar a necessidade de tutela deste direito. Em seguida, aprofundar-se-á a análise da tensão existente entre o interesse individual do autor e o interesse da coletividade.

---

<sup>205</sup> DIETZ, A., op. cit., p. 111-112.

Maree Sainsbury considera que o direito de retirada possui reduzido efeito prático, haja vista que, uma vez divulgada a obra ao público, sobretudo quando através de múltiplas cópias, dificilmente se conseguirá resgatar todas elas. Acrescenta, ainda, a dificuldade de apagar um pensamento ou uma ideia depois de já ter circulado<sup>206</sup>. Essa crítica quanto à utilidade do direito é, consoante observa Charles Marvin, constantemente formulada<sup>207</sup>. Rigamonti chega a falar que se trata de exemplo perfeito de legislação simbólica<sup>208</sup>. Ou seja, tratar-se-ia de questão extremamente importante na teoria, mas sem uma correspondente importância prática.

Raymond Sarraute, por sua vez, defende que, se muda de convicção, deve o autor produzir nova obra, apresentando o seu novo ponto de vista, e não buscar eventual retirada, que apelida de “oportunidade quimérica”. Interessante analisar trecho do seu pensamento:

The usefulness of this provision is difficult to see. Once a thought is expressed, circulated, criticized, it cannot be erased. Copies of a book which have been sold cannot be destroyed. The author who modifies his views actually has only one recourse: to set them forth in a new work. In this sense every work constitutes a critique of an author's previous creations.<sup>209</sup>

De modo análogo, posiciona-se Ronald B. Standler acerca daquilo que chama de “um estranho direito”. Segundo ele, “erros e mudanças de opinião fazem parte da legítima história da civilização, que ninguém deveria tentar apagar” (tradução livre)<sup>210</sup>.

Referidos posicionamentos equivocam-se ao tentar conceber a retirada como uma tentativa de apagar (termo tantas vezes utilizado) aquilo que já se divulgou. O objetivo deste direito é, em verdade, como bem sintetizou a lei autoral brasileira, retirar de circulação ou suspender formas de utilização já autorizadas. Não há muito o que fazer quanto às pessoas que já tiveram acesso à obra. Isso, porém, não significa que deva o autor figurar como eterno

<sup>206</sup> SAINSBURY, Maree. **Moral Rights and their application in Australia**. Sydney: The Federation Press, 2003, p. 9.

<sup>207</sup> MARVIN, Charles A. The Author's Status in the United Kingdom and France: Common Law and the Moral Right Doctrine. **The International and Comparative Law Quarterly**, vol. 20, n. 4, 1971, p. 675–705.

<sup>208</sup> RIGAMONTI, op. cit., p. 363.

<sup>209</sup> SARRAUTE, Raymond. Current Theory on the Moral Right of Authors and Artists under French Law. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 16, n. 4, 1968, p. 465–486. “A utilidade dessa norma é de difícil percepção. Uma vez expresso, circulado e criticado, não se pode mais apagar o pensamento. Cópias de um livro que já que foram vendidas não podem ser destruídas. O autor que muda suas opiniões tem apenas uma alternativa: apresentá-las em um novo trabalho. Nesse sentido, toda obra constitui uma crítica das prévias criações do autor” (tradução livre).

<sup>210</sup> STANDLER, Ronald B. **Moral Rights of Authors in the USA**. Disponível em: <[www.rbs2.com/moral.pdf](http://www.rbs2.com/moral.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

refém daquela mensagem, suportando *ad infinitum* a sua veiculação. Através do direito de retirada, cria-se um marco, a partir do qual se interrompe a transmissão da mensagem.

Não seria muito mais fácil formular uma nova mensagem? Este é o questionamento de muitos críticos. Chega-se a falar em um direito coletivo à preservação daquele conteúdo, como se fosse ele irrestrito e incondicionado. Tal raciocínio aproxima-se, em demasia, do discurso do *copyright* e da proposta de difusão maximizada do conhecimento. Valoriza-se mais a mensagem do que aquele que a transmite. É como se ela passasse a existir inteira e independentemente dele.

Este não é, contudo, o ideal ora adotado. Entende-se que a escolha deva ser, *a priori*, do criador. Pode até ser que a elaboração de um novo trabalho satisfaça a sua pretensão de reorganizar os seus pensamentos. Haverá, porém, hipóteses em que não se deseja reorganizar ou rerepresentar o que quer que seja. Quer-se, tão somente, interromper determinado discurso, em virtude de determinado motivo pessoal ou moral. Impedir que assim proceda equivale a torná-lo refém de uma coletividade, que almeja prendê-lo em um palco e amarrá-lo a um microfone.

Mas por que se falou, no parágrafo anterior, em uma escolha *a priori*? Justamente para salientar que não se trata de uma escolha absoluta, de uma prerrogativa ilimitada. Os requisitos analisados no subtópico precedente realizam a imprescindível função de controle, mormente em respeito aos interesses (patrimoniais) de terceiros co-contratantes. Além de analisar o preenchimento desses requisitos, deverá o magistrado atentar ainda para o interesse contraposto da coletividade.

Não se contesta, aqui, que exista um interesse coletivo em determinadas obras. O que se contesta é a argumentação genérica, que enxerga sempre e em relação a todas as obras um interesse contraposto tutelável.

Nos escritos de Locke acerca do direito do homem sobre o fruto do próprio trabalho, já trazia ele essa exceção: “*at least where there is enough, and as good, left in common for others*”<sup>211</sup>. É dizer, o direito do indivíduo sobre o próprio trabalho dissipa-se sempre que representar prejuízo irreparável para o resto dos membros da sociedade.

Essa discussão pode ser melhor compreendida através de método exemplificativo. Imagine-se que determinada artista cria verdadeira declaração de amor em forma de música

---

<sup>211</sup> “Ao menos onde existam bens suficientes e de semelhante qualidade disponíveis para as demais pessoas” (tradução livre).

para aquele que considera o homem de sua vida. Relata, ainda que subliminarmente, como se conheceram, o primeiro beijo, o momento em que se apaixonaram, as experiências compartilhadas. A canção, verdadeiro tributo ao amor, torna-se, pela pureza e beleza das palavras, a música preferida de inúmeros casais. Percebem, nela, semelhanças com as suas próprias histórias. Trata-se de verdadeiro sucesso musical.

Anos se passam e a artista descobre que aquele homem tão louvado vinha lhe traindo reiteradamente. O sonho se desfaz, o amor e a admiração desaparecem. A música, porém, continua lá, nas rádios e na televisão, reproduzindo um sentimento que não mais existe, aprofundando uma ferida ainda não cicatrizada. Indenizado o terceiro contratante, quem mais resta? A coletividade? Os casais apaixonados ou que ainda irão se apaixonar? Ainda que existam semelhanças, a história narrada na música não é dessas pessoas.

Uma vez retirada de comércio, interrompe-se a veiculação da mensagem. Aqueles que já a ouviram e adquiriram, poderão continuar utilizando-a em sua esfera privada. O que não se admite é que haja um direito absoluto das próximas gerações a acessar aquele conteúdo. Inúmeras são as canções de amor, não havendo que se falar em prejuízo coletivo irreparável ou irremediável. Como já se afirmou, a cultura não se resume ao autor A, B ou C e a eventual indisponibilidade de determinada criação não repercute em uma crise da cultura nacional.

O mesmo se aplica ao exemplo outrora aventado, do cantor famoso e da autobiografia. Neste caso, sequer haveria arrependimento, mas simplesmente a conclusão de que tais fatos da sua vida privada não necessariamente precisam estar sob os holofotes sociais. Qual seria o interesse coletivo contraposto a ser tutelado? A contínua necessidade de alimentar a curiosidade e a bisbilhotice humanas?

O interesse do público nem sempre é legítimo e nem sempre deve ser tutelado. Assim também conclui Bruno Jorge Hammes, quanto àquela hipótese por ele criada do estudante que é perseguido por livro publicado em período ditatorial. Faz a seguinte ponderação:

O editor do livro ou o proprietário do filme tem estoque a ser distribuído e pensa ter direito a isso em virtude de contrato. O regime proíbe a divulgação, mas o editor sabe que a obra proibida se vende até melhor. Deverá o autor continuar a ser perseguido e suportar a ulterior divulgação só pelo fato de haver um contrato que favoreça o editor?<sup>212</sup>

---

<sup>212</sup> HAMMES, op. cit., p. 77.

“A obra proibida se vende até melhor”. Tais palavras traduzem com perfeição inúmeros casos da vida real. Não faltam situações em que a crescente lucratividade de uma obra está associada a uma perspectiva de demérito ou sofrimento do autor. O interesse deixa de ser pela mensagem e transmuda-se em uma espécie de chacota social do criador. Não se trata do que é dito, mas de quem o diz. Mais à frente, trar-se-á relato de obra escrita por Jorge Amado, na qual elogiava o regime comunista e a figura de Stalin, desconhecendo, à época, todas as atrocidades cometidas. A partir do momento em que tais atrocidades se tornaram públicas, repudiou a obra. Ao querer que ela continue sendo comercializada, tem-se interesse na própria mensagem ou em vincular um autor famoso da literatura brasileira a uma obra no mínimo polêmica?

Deve-se, por conseguinte, ter cuidado com esses argumentos genéricos do interesse coletivo. Nem todo interesse é juridicamente tutelável. Tem-se, muitas vezes, desejo desenfreado, que põe em risco a dignidade do autor. Imprescindível, portanto, que proceda o magistrado ao devido controle.

Propõe-se, nessa esteira, que o juiz faça um duplo exame ou um exame cruzado: da motivação indicada e do interesse coletivo contraposto. Já se assentou, dentro da perspectiva de uma avaliação inicial perfunctória, que, enquanto condição para o exercício do direito, não necessita o motivo ser extremamente grave. Porém, em uma fase posterior, de confrontação com o interesse da sociedade, um motivo relativamente fraco pode ceder em face de um intenso e irreparável interesse supraindividual.

Ou seja, somente diante de cada caso específico, ponderando os valores em jogo, pode-se chegar a uma solução concreta. Em determinada hipótese, onde se busca a retirada de obra que versa sobre aborto, pode o juiz entender que não há prejuízo social irreparável, dada a disponibilidade de tantas outras obras que versam, com a mesma qualidade e nível de aprofundamento, do mesmo tema. Noutra hipótese, possível que a obra objeto de retirada, a qual versa sobre pesquisa com células-tronco, seja de tal forma pioneira e insubstituível, que o interesse coletivo deva se sobrepor ao individual.

A fim de melhor traduzir e proteger os interesses sociais, deve o Ministério Público ser intimado para participar das demandas que tenham essa finalidade, em virtude mesmo da função que lhe atribuiu a Carta Magna (art. 127, *caput*, da CF/88), a qual fora, inclusive,

reproduzida pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 1, *caput*, da Lei nº 8.625/93)<sup>213</sup>.

Aliada à obrigatoriedade de intervenção do *Parquet*, dentro da proposta de melhor representar os interesses da sociedade, pode-se admitir a participação de um *amicus curiae*. Parece haver total compatibilidade entre a natureza da demanda e a ideia do instituto, que leva em consideração a relevância da matéria, a especificidade do tema e, sobretudo, a repercussão social da controvérsia (art. 138, do CPC/2015)<sup>214</sup>.

Por fim, revela-se também admissível que o juiz conceda, *in limine litis* e *inaudita altera parte*, tutela de urgência, suspendendo a comercialização da obra até decisão ulterior. Assim pode proceder em virtude do motivo indicado pelo autor e presentes os requisitos autorizadores da concessão, os quais encontram-se previstos no artigo 300 do CPC/2015.

#### 4.4 CASOS EMBLEMÁTICOS

Nesse penúltimo subtópico, serão apresentados quatro elucidativos casos, sendo três deles estrangeiros. Trabalhar com exemplos reais é de fundamental importância, pois, assim, consegue-se aproximar o leitor da problemática<sup>215</sup>. A restrição a exemplos apriorísticos o distanciaria da discussão e faria, eventualmente, com que ele a considerasse sem propósito ou irrelevante. Deve-se, por outro lado, ter em mente que o presente trabalho não representa um estudo de caso. Sendo assim, as análises feitas serão breves e sucintas, em respeito mesmo aos limites científicos da pesquisa.

<sup>213</sup> BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Brasília, 1993. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

<sup>214</sup> \_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 17 jan. 2018.

<sup>215</sup> Já se pontuou a dificuldade de pesquisar sobre o direito de retirada. Quando, finalmente, se descobre determinado livro que trata do assunto, é comum haver mera explicação do instituto, sem qualquer exemplo. Quando se tem sorte e se encontra algum exemplo, normalmente é ele fictício. No presente trabalho, buscou-se superar essa barreira inicial, trazendo casos concretos, tendo sido alguns deles, inclusive, objeto de judicialização. Esse intento certamente contribuiu para que se deparasse com jurisprudências estrangeiras. Ter relatado a importância de países como França e Alemanha situará, seguramente, melhor o leitor na discussão. Os três primeiros casos não foram explorados pelos autoralistas brasileiros a que se teve acesso. Ao elencá-los, busca-se acrescentar algo à “ágora” do debate nacional. O seu exame não pretende ser exauriente, esgotar a discussão, mas, sim, aprofundá-la, fornecendo subsídios para que outros pesquisadores deem continuidade ao estudo deste tão polêmico direito.

Analisar-se-á, inicialmente, caso da jurisprudência alemã (OLG Celle, Aktenzeichen 13 U 69/99)<sup>216</sup>. A autora da demanda em questão estava em processo de doutoramento em ramo da ciência histórico-filológica (*historisch-philologische Wissenschaft*). Sua dissertação fora aprovada e, após exame oral em 1994, já havia ela preenchido os requisitos para obter o título de doutora. Como última etapa do processo, exigia-se a entrega ao departamento de exemplares da dissertação, os quais seriam posteriormente divulgados.

Entre o final de 1996 e o início de 1997, realizou a entrega desses exemplares, um total de 140 unidades. Pouco tempo depois, em maio de 1997, com dúvidas acerca do caráter científico da própria dissertação, desistiu de obter o grau de doutora. Na sua concepção, o trabalho terminou seguindo uma linha muito mais jornalística do que científica. A metodologia não havia sido adequada e a revisão bibliográfica, incompleta. Receou que sua tese fosse fortemente criticada e que, reflexamente, fosse também a sua reputação atingida.

Pleiteou, dessarte, com fulcro no parágrafo 42 da Lei de Direitos Autorais alemã (*Urheberrechtsgesetz*, abreviado “UrhG”), a devolução dos 140 exemplares, bem como a proibição de sua divulgação. Embora vitoriosa diante do Tribunal Regional (*Landgericht*), sua demanda fora derrotada em segunda instância, perante o Tribunal de Recurso de Celle (*Oberlandesgericht Celle*). No entendimento da corte, não houve uma cessão temporária dos direitos de utilização da obra (*Gebrauchsüberlassung*). Em conformidade com o parágrafo 28 do regulamento do doutorado (*Promotionsordnung*), ao entregar os exemplares sem qualquer ressalva, operou-se verdadeira alienação (*Veräußerung*), nos termos do parágrafo 17, item 2, UrhG, momento em que se esgotou o seu direito de distribuição (*Verbreitungsrecht*).

Volker Michael Jänich e Jan Eichelberger, ao analisar o caso, vislumbraram outro possível cenário, no qual a doutoranda entregaria sua dissertação em formato digital à biblioteca, autorizando a realização de cópias e impressões (parágrafo 16, item 1, UrhG), bem como o repasse a outras bibliotecas (parágrafo 17, item 1, UrhG). Neste cenário, afirmam que, a partir do momento em que se efetivasse a retirada, não poderia a biblioteca reproduzir novos exemplares nem repassá-los a outras instituições<sup>217</sup>.

Apesar do fracasso da demanda, é possível extrair dela valiosas lições. Em um primeiro momento, chama à atenção o fato de não se estar diante da clássica noção de arrependimento,

<sup>216</sup> BIBLIOTHEKSURTEILE. **Rückruf einer Dissertation wegen gewandelter Überzeugung**. Disponível em: <[www.bibliotheksurteile.de/?p=2471](http://www.bibliotheksurteile.de/?p=2471)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

<sup>217</sup> EICHELBERGER, Jan; JÄNICH, Volker Michael. **Urheber- und Designrecht**. Kohlhammer: Stuttgart, 2012, p. 117.

em que determinada pessoa pensava de uma forma e passou a pensar de outra. Nesse julgado em particular, tem-se, simplesmente, uma pessoa insatisfeita com o próprio trabalho que busca impedir a sua divulgação. Concebendo a obra enquanto uma mensagem, nada mais natural que a sua originadora não queira mais ver o seu conteúdo transmitido. Essa desistência não necessariamente está ligada a uma mudança de convicção. Tampouco tem a autora nova mensagem a transmitir. Desistiu, por completo, de comunicar-se. Percebe-se, por conseguinte, um direito de retirada mais amplo do que o usualmente concebido, de modo a (re)prestigiar o vínculo criador-criação.

Interessante notar, ainda, que o indeferimento do pedido não se pautou em eventual falta de grave razão moral ou qualquer outra expressão congênere. A improcedência se assentou no fato de ter havido verdadeira alienação dos exemplares, os quais se incorporaram ao patrimônio da universidade, e não mera cessão por prazo determinado. Mais interessante ainda perceber que, fosse outro o cenário, seria a biblioteca obrigada a não mais fazer cópias da dissertação, tampouco repassá-las. Rebate-se, com isso, a visão que busca precipitadamente adjetivar este direito de inútil ou inefetivo.

Enquanto última observação, pode-se registrar a existência de um vínculo não-comercial entre as duas partes (doutoranda e universidade). Uma das mais fortes críticas ao direito de retirada é que o autor dificilmente tem condições de arcar com o custo de indenização da outra parte contratante. A necessidade de indenização pressupõe, em sua essência, uma atividade comercial do terceiro, a qual, *in casu*, não se encontra presente. Em casos como este, afigura-se possível que o outro nada tenha despendido ou que o valor a ser indenizado seja mínimo.

O próximo exemplo de direito de retirada emana da jurisprudência francesa (*Cour de cassation, 1ère chambre civile, 14 mai 1991*)<sup>218</sup>. Um autor assalariado escreveu, a pedido do editor (superior hierárquico), uma série de histórias em quadrinhos, as quais eram, em seguida, ilustradas por terceiro (desenhista). Após a sua dispensa, informou ao editor, no curso de uma audiência trabalhista, que ele estaria proibido de publicar, sem a sua autorização, os trabalhos de que era autor ou coautor. O editor, contudo, continuou reimprimindo as obras. O autor arguiu que, a despeito de ter cedido o direito de exploração econômica da obra, pode exercer o seu direito de arrependimento ou retirada, devendo o cessionário indenizá-lo pelos danos eventualmente sofridos.

---

<sup>218</sup> WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Notions Fondamentales du Droit d'Auteur**. Disponível em: <[www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/844/wipo\\_pub\\_844.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/844/wipo_pub_844.pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2018.

O Tribunal de Cassação (*Cour de cassation*) julgou improcedente o recurso que buscava reformar a decisão do Tribunal de Apelação (*Cour d'appel*), a qual impediu o autor de exercer o direito de retirada, sob o fundamento de que a motivação era meramente econômica, não condizente com a natureza do instituto. Transcreve-se, em seguida, parte do acórdão do *Cour de cassation*:

“O direito de retirada ou arrependimento constitui umas das prerrogativas extrapatrimoniais do autor. Considerando que o autor, a fim de justificar a sua demanda, apenas alegou a insuficiência da taxa de 1% aplicada pela editora no cálculo de seus *royalties*, o Tribunal de Apelação entendeu, acertadamente, tratar-se de fundamentação estranha à finalidade do artigo 32 da lei de 11 de março de 1957 (artigo 121-4 do Código de Propriedade Intelectual). Tal motivo, independentemente do seu mérito, caracteriza um desvio das provisões normativas e um exercício abusivo do direito” (tradução livre).<sup>219</sup>

Outra interessante disputa judicial foi travada entre Anatole France e Alphonse Lemerre, na França, no início do século XX. Ou seja, antes mesmo da lei francesa de 11 de março de 1957, que previu expressamente, pela primeira vez, o direito de retirada em seu artigo 32 (atualmente, artigo L121-4 do Código de Propriedade Intelectual).

Em 1882, quando tinha 38 anos de idade, Anatole escreveu um manuscrito sobre a história da França, o qual foi comprado por uma editora por 3000 francos. À época, ainda era um escritor jovem e inexperiente. Três décadas mais tarde, no ano de 1910, quando estava no ápice de sua carreira, decidiu a editora publicar a obra.

Anatole se insurgiu contra essa tardia pretensão e sua demanda judicial foi exitosa. O tribunal entendeu que houve injustificável atraso na publicação e que um autor não pode ser compelido a ver a sua reputação prejudicada com a publicação de um escrito obsoleto. Referida disputa é narrada pelo já citado Charles Marvin<sup>220</sup> e, também, por Peter Baldwin<sup>221</sup>.

Após comentar esses casos da jurisprudência estrangeira, urge analisar o direito de retirada no cenário brasileiro. No seu livro “Os direitos morais do autor: repersonalizando o Direito Autoral” (Lumen Juris, 2008), fruto de dissertação de mestrado defendida no ano de

<sup>219</sup> Em caso semelhante, a 3ª Câmara Cível do *Cour d'appel de Poitiers* confirmou o julgamento do *Tribunal de grande instance de Poitiers*, datado de 20 de fevereiro de 2007, rejeitando o pleito de retirada de um autor que, mais uma vez, se sustentava em razão meramente econômica (DOCTRINE. **Cour d'appel de Poitiers, 3ème chambre, 29 juillet 2010, n° 07/01183.** Disponível em: <<https://www.doctrine.fr/d/CA/Poitiers/2010/BDD3C6D2861169AB24E61>>. Acesso em: 19 jan. 2018.).

<sup>220</sup> MARVIN, op. cit., p. 691.

<sup>221</sup> BALDWIN, Peter. **The copyright wars: three centuries of trans-Atlantic battle.** 1. ed. Princeton: Princeton University Press, 2014, p. 148-149.

2006, Rodrigo Moraes já assinalava a escassez, no Brasil, de ações judiciais pleiteando a retirada de obras do comércio<sup>222</sup>. Ao sondar se haveria jurisprudência recente, chegou-se à conclusão de que, nesse ponto, nada mudou desde 2006. O Brasil segue sem um caso judicial de retirada. Apesar da carência de fontes jurisprudenciais, elenca Rodrigo Moraes diversos exemplos de autores (e intérpretes) que repudiaram publicamente as obras por eles criadas (ou nas quais atuaram), a exemplo de Afrânio Peixoto, Baden Powell, Tim Maia, Xuxa, Darlene Glória, Roberto Carlos, dentre outros.

Tais casos não serão revisitados, tendo em vista que estenderiam desnecessariamente o trabalho, sem acrescentar nada de novo ao debate. Um caso, todavia, merece ser revisto, ao menos para aproximar o leitor brasileiro das discussões que circundam este direito moral. Trata-se de obra escrita por Jorge Amado, um dos mais famosos e traduzidos escritores brasileiros de todos os tempos, entre os anos de 1949 e 1950. A obra fora por ele intitulada de “O Mundo da Paz”.

Sendo publicada no ano de 1951 pela 1ª vez, a obra chegou à 5ª edição, quando o autor não mais permitiu reedições<sup>223</sup>. O exemplar a que se teve acesso data justamente de 1951. Suas páginas amareladas, sua capa praticamente esfarelada retratam o desejo de um autor de esquecer (e esconder) aquilo que disse.

Tendo sido convidado pela União dos Escritores Soviéticos, passou o inverno de 1948-1949 na União Soviética, visitando vários países de, nos seus dizeres da época, “democracia-popular”, a saber: Tchecoslováquia, Polônia, Hungria, Romênia e Bulgária. Em nota de apresentação do livro, assim registra:

[...] Junto neste livro algumas observações feitas por mim no decurso dessas viagens. Não se trata nem de um livro de ensaios, nem de um estudo político, tão pouco de um volume de reportagens. São simples notas de viagem, despreziosas.

Escrevi estas páginas pensando no meu povo brasileiro, sobre o qual uma imprensa reacionária e vendida ao imperialismo ianque vomita, quotidianamente, infâmias e calúnias sobre a URSS e as democracias populares. O povo brasileiro não deseja a guerra e luta contra os que a querem provocar. Escrevendo este livro, – anotações sobre a vida dos povos soviéticos e dos povos das democracias populares – pretendi colaborar para o restabelecimento da verdade e para mostrar como o trabalho construtivo da URSS e das democracias populares interessa ao mundo inteiro, é fator essencial na defesa da paz.

Sentir-me-ei alegre se este meu livro for útil à luta do povo brasileiro contra o imperialismo ianque, pela sua libertação nacional e pela paz. Como uma

<sup>222</sup> MORAES, op. cit., p. 228.

<sup>223</sup> ACERVO DA FUNDAÇÃO CASA DE JORGE AMADO. **O Mundo da Paz**. Disponível em: <<http://acervo.jorgeamado.org.br/item/310231247491>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

contribuição à luta pela paz eu o escrevi e como homenagem de um escritor brasileiro ao camarada Stálin, no seu 70º aniversário, sábio dirigente dos povos do mundo na luta pela felicidade do homem sôbre a terra.<sup>224</sup>

Na orelha do livro, assim comercializa a Editorial Vitória o interesse pelo texto:

Jorge Amado nos conta nas páginas impregnadas de poesia e de confiança de “O MUNDO DA PAZ” as suas admiráveis experiências vividas naquele mundo de esperanças realizadas, naquele mundo de Primavera e de Paz. Acompanhando o autor na sua empolgante viagem pelos novos caminhos da terra teremos uma visão da U.R.S.S., onde podemos **sonhar sem dormir**. Ali vive a **fraternal família dos trabalhadores e cresce um homem novo e melhor**. [...] uma vez que na U.R.S.S. existe a verdadeira **liberdade de crítica** para todos os atos da vida pública. [...] E assim, na Rumânia, Albânia, Hungria, Polônia, Bulgária e Tchecoslováquia, vamos ver seus povos empenhados em gigantesco trabalho para vencerem, no mínimo de tempo possível, o secular atrazo político, econômico, social e cultural em que viviam. [...] (grifos originais)

Em virtude dessa obra, foi processado no ano de 1951 e incurso na lei de segurança. Em maio de 1952, quando retornou ao Brasil, foi reativado o processo contra a publicação do livro. O juiz, entretanto, o arquivou, considerando que se tratava de livro sectário, mas não propriamente subversivo<sup>225</sup>.

Jorge Amado, ao que tudo indica, chegou a um acordo com a editora e impediu que a obra continuasse sendo comercializada. Interrompeu-se a veiculação da mensagem. Tal acontecimento histórico, ainda que não judicializado, adequa-se com perfeição à tese construída no decorrer deste trabalho, de que toda e qualquer mensagem veiculada é de “propriedade” do autor e de que a ele deve ser atribuída a prerrogativa de interromper a sua comunicação.

Poder-se-ia arguir que eventual proibição de reedição ou exercício do direito de retirada revela-se ineficaz. Afinal de contas, as unidades que foram vendidas encontram-se por aí, tendo o presente graduando obtido acesso a uma delas e, ainda que com finalidade acadêmica, retirado parte de seu conteúdo do esquecimento. Há, porém, de se questionar o alcance dessa monografia. Quantas pessoas irão lê-la ou nela terão interesse? A situação parece muito menos crítica do que se se tivesse, em cada esquina, na livraria mais próxima, “O Mundo da Paz” de Jorge Amado.

<sup>224</sup> AMADO, Jorge. **O Mundo da Paz**. Rio de Janeiro: Editorial Vitória, 1951.

<sup>225</sup> Tais informações foram também extraídas do já citado site do Acervo da Fundação Casa de Jorge Amado.

Equivocam-se aqueles que buscam compreender o direito de retirada como uma “borracha jurídica”. Certos acontecimentos não podem ser apagados. O fato de Jorge Amado ter sido, em determinado momento da sua vida, adepto às ideias comunistas é fato público e notório. Público e notório é também que, noutra momento, se desencantou com a ideologia, passando a repudiá-la. A tais informações pode-se chegar com extrema facilidade, bastando uma rápida pesquisa nas ferramentas de busca online. Até esse ponto, tem-se dado histórico relevante, a legitimar o interesse público.

Diferentemente de uma borracha, opera o direito moral em questão como uma espécie de lanterna, que simplesmente desliga ou redireciona o foco de luz. Aquele pensamento que foi divulgado deixa de ser o centro das atenções. A retirada visa, em verdade, conter uma propagação indesejada e é, quanto a este objetivo, eficaz. Concordar que determinados aspectos da vida de Jorge Amado são públicos não equivale a defender que todas as suas obras também o sejam (ou assim devam permanecer).

Em certa medida, funciona o direito de retirada como um correlato do direito ao esquecimento ou, como ficou conhecido nos Estados Unidos, *the right to be let alone*. Talvez seja precisamente isso que Jorge e tantos outros autores queiram: ser deixados em paz.

#### 4.5 A CONJUNTURA BRASILEIRA

A tensão existente entre a limitação e a efetividade do direito de retirada fora, até então, trabalhada de forma abstrata, sem um apego incondicionado a qualquer legislação nacional. Trouxe-se o fundamento do direito moral de retirada e os interesses que a ele se contrapõem e, de certa forma, o limitam. Ao citar previsões normativas estrangeiras, quis-se aprofundar o raciocínio teórico e não propriamente dele se distanciar.

Aproximando-se do final do presente trabalho, julga-se indispensável voltar os olhos a uma legislação específica e problematizá-la. Em se tratando de uma monografia produzida em território brasileiro, outro não poderia ser o foco senão a vigente Lei de Direitos Autorais brasileira. Examinar-se-á a mesma, perquirindo se, em algum ponto, não exagerou o legislador nas limitações impostas. Tal exame, contudo, não servirá apenas para esse momento histórico e para esse problema específico. Ao desenvolver o raciocínio sempre a partir de uma premissa, fornecem-se subsídios para a solução de problemas futuros.

Assim prevê a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998:

Art. 24. São direitos morais do autor:

[...]

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

[...]

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

[...]

§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

[...]

Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

Ao adotar as expressões “retirar de circulação” e “suspender qualquer forma de utilização já autorizada”; ao prever expressamente a inalienabilidade e irrenunciabilidade dos direitos morais; ao prever, por exclusão, a intransmissibilidade do direito de retirada (parágrafo 1º); acertou o legislador brasileiro. Relembra-se a crítica já tecida de que não há verdadeiramente uma transmissibilidade dos demais direitos morais, como sugere o parágrafo primeiro. O que os herdeiros têm são determinados poderes funcionais, uma legitimação extraordinária, como já se pontuou.

Interessante registrar que não se previu, quando de eventual reinserção, a necessidade de (re)oferecer a obra ao co-contratante originário, o que se considera um equívoco. O direito de prioridade é extremamente importante, na medida em que evita deturpações e garante a essência extrapatrimonial da retirada. A sua não previsão representa, ao menos nesse ponto, uma limitação deficitária ou insuficiente.

Há quem critique a necessidade de indenização prévia assegurada pelo parágrafo terceiro. Não se entende, todavia, que tal limitação seja necessariamente excessiva ou comprometedora da efetividade do direito. Em consonância com aquilo que já se propôs, entende-se a indenização como elemento imprescindível. Se não se exige do autor, previamente, essa contrapartida, maior será a dificuldade de exigí-la em um momento posterior, quando o seu objetivo já houver sido alcançado.

Ao consagrar a essencialidade do requisito, não se quer defender uma inafastabilidade. Confrontando e ponderando os interesses em jogo, pode o juiz, inclusive, conceder uma liminar, através da qual se suspenda a comercialização e garanta-se, desde já, certa efetividade ao direito. Trata-se de raciocínio já desenvolvido, ao qual se remete, evitando redundâncias desnecessárias.

A previsão mais problemática e polêmica é, no entanto, outra, a saber a do inciso VI, o qual vincula o exercício do direito à violação de bens jurídicos específicos. *Ipsis litteris*: “quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem”. A reputação enquadra-se na noção de honra objetiva, correspondendo ao bom nome e à fama de que desfruta determinado indivíduo no seio da sociedade<sup>226</sup>. Já a imagem pode ser concebida por dois vieses: imagem-retrato e imagem-atributo. Pelo primeiro, tem-se o aspecto físico da pessoa, o qual, certamente, não foi o que o legislador da LDA-98 tinha em vista. Pelo segundo, tem-se a “exteriorização da personalidade do indivíduo”, “a forma como ele é visto socialmente”<sup>227</sup>. Essa segunda acepção parece ter sido a contemplada pelo legislador.

Ao decompor estes dois termos, percebe-se que se trata de aspectos, por assim dizer, externos. Está em jogo o juízo de valor que terceiros fazem de determinado sujeito. Compreende-se alguém em meio a um todo, o indivíduo em meio à sociedade. A vinculação ou, pior, a restrição do direito de retirada através de conceitos como “reputação” e “imagem” traduz uma errônea compreensão do seu núcleo, do que representa. A relação não é externa, mas interna. Ao pleitear a retirada, tem o autor em mente o elo que o prende à obra por ele criada. Não por outra razão que se fala em um direito moral: por lidar-se com uma ligação que é eminentemente de espírito (*geistige Band*).

Ao pretender retirar a obra de circulação, volta-se o autor para dentro e não para fora. Por isso que os autoralistas costumam falar em mudança de convicções; na obra não mais refletir a personalidade do autor; em arrependimento; em razões morais; dentre tantos outros termos congêneres. Leva-se sempre em consideração esse “laço com duas pontas”. Impor, como requisito para a retirada, que a circulação ou utilização impliquem afronta à reputação e à imagem do autor é não só um reducionismo, mas um desvirtuamento do instituto.

Evidente que, por vezes, o exercício do direito de retirada tem motivações externas. O criador pode querer cessar a continuidade de circulação de determinada obra por receio do

---

<sup>226</sup> GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 182.

<sup>227</sup> Ibid., p. 183.

que os outros dele venham a pensar. Há, de fato, uma relação entre o criador e a coletividade (destinatária da mensagem), mas essa relação é secundária. Ao querer fazer dela principal, atribui-se menos valor ao vínculo com a obra, relegando-o a uma posição de menor importância. Opera-se, desse modo, verdadeira inversão.

Antônio Chaves já criticava, em 1952, essas visões de índole reducionista. Ao analisar o conceito de direito moral cunhado pela IV Conferência Interamericana de Advogados<sup>228</sup>, realizada em Santiago do Chile, no mês de outubro de 1945, assim se pronunciou:

Mas a definição é inexata e incompleta.

Inexata, porque nem sempre o direito moral tem por finalidade salvaguardar a boa fama, a honra ou a reputação do autor. Tem êle, em geral, o direito de se opôr mesmo às alterações ou supressões que, longe de prejudicar o conjunto, sejam capazes de beneficiá-lo ou melhorá-lo. Por isso é preferível o conceito de Filadelfo Azevedo, no sentido de consistir um direito ao respeito, impedindo quaisquer modificações feitas por outrem.

Incompleta, porque está muito longe de esgotar o conteúdo do direito moral<sup>229</sup>.

Acerca dessa confusão de bens jurídicos, manifesta-se também Leonardo Estevam Zanini, criticando, especificamente, a restrição imposta pelo inciso VI:

[...] ignorou toda a construção doutrinária que se erigiu ao longo dos anos, confundindo o direito de retirada com os direitos à reputação e à imagem.

De fato, ao se estabelecer que o exercício do direito de retirada dependa de ofensa à reputação e à imagem do autor, está sendo exigido que um direito da personalidade do autor somente possa ser exercido se outros direitos da personalidade forem ao mesmo tempo ofendidos, o que não tem nenhum sentido.

Outrossim, apesar de ser possível que o direito de retirada decorra de ofensa à reputação, à honra e a outros direitos da personalidade, existem hipóteses em que o motivo da retirada não tem nenhuma ligação com referidas ofensas, decorrendo apenas e tão somente das convicções do autor.

[...]

Mais complicado ainda se mostra a interpretação do dispositivo quando observamos que existe a conjunção aditiva “e”, o que daria a entender que a retirada somente seria cabível se houvesse, ao mesmo tempo, ofensa à imagem e à reputação do autor<sup>230</sup>.

<sup>228</sup> De acordo com o Tema 2, da Seção A do Comitê XIII, o direito moral é “aquêle que, dentro do regime do direito de autor, se ocupa em salvaguardar a boa fama dos autores e compreende a faculdade do autor para exigir, em todo caso, que seu nome seja mencionado e que as reproduções, representações, exibições e execuções de suas obras se façam sem menoscabo de sua honra e de sua reputação” (CHAVES, Antônio. **Proteção internacional do direito autoral de radiodifusão**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 291).

<sup>229</sup> Ibid., p. 291-292.

<sup>230</sup> ZANINI, op. cit., p. 405.

Ainda sobre o dispositivo, fez Rodrigo Moraes importante análise histórica<sup>231</sup>. Ele noticia que o Projeto de Lei nº 249, de 1989, de autoria do então senador baiano Luiz Viana Filho, mesmo após chegar à Câmara dos Deputados e transformar-se no PL nº 5.430/90, mantinha, quanto ao direito de retirada, a mesma redação da LDA-73. No Substituto da Comissão Especial (documento assinado em 6 de novembro de 1997), também não havia a exigência de “afronta à reputação e à imagem do autor”.

Somente na véspera da promulgação da LDA-98, foi o texto legal objeto de emenda. A Emenda de Plenário n. 67 fora proposta pelo deputado federal pernambucano Inocêncio Oliveira, no dia 4 de dezembro de 1997, sob o argumento de que “a proteção do direito moral do autor deve ser preservada sem, porém, implicar num ato de arbítrio que venha afetar interesses de terceiros que devem ser preservados”. Em 10 de dezembro de 1997, é dizer, apenas 6 dias depois de proposta, foi aprovada. Em 19 de fevereiro de 1998, foi o projeto sancionado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, transformando-se na Lei nº 9.610/98.

As enérgicas palavras de Moraes merecem ser acessadas na íntegra, de forma genuína, sem qualquer releitura:

A alteração proposta por Inocêncio de Oliveira não foi apreciada pelos autoralistas do país. Não houve qualquer debate a esse respeito. Nem no Congresso, nem nas faculdades de Direito, nem na imprensa. Não é exagero afirmar, portanto, que a Emenda n. 67 foi votada com prejudicial velocidade. Como diz a linguagem popular: “a facção”. Não é razoável que o projeto de lei do senador Luiz Viana Filho (PL n. 249, de 1989) tenha ficado quase uma década à disposição para debates pela sociedade civil, enquanto a Emenda n. 67 tenha conseguido aprovação em menos de uma semana, sem a publicidade imprescindível ao processo legislativo de um Estado Democrático de Direito<sup>232</sup>.

Diante desta retrospectiva, exsurge, ainda mais claramente, a impropriedade da restrição imposta. Fazendo paralelo com um jogo de futebol, é como se o atacante tivesse, no último minuto do acréscimo do segundo tempo, ajeitado a bola com a mão e marcado o gol. O árbitro fingiu que não viu, deixando de advertir o jogador com cartão e de marcar tiro livre. Em consequência deste gol irregular, prejudicou-se, como um todo, o time adversário.

O time adversário, *in casu*, outro não é senão o conjunto de autores, brasileiros e estrangeiros, cujas obras circulam pelo território nacional. A falta de debate democrático e o

<sup>231</sup> MORAES, op. cit., p. 211-212.

<sup>232</sup> Ibid., p. 212.

amadorismo nas questões de direito autoral terminaram por produzir uma limitação que atinge o núcleo do direito e o desnatura.

A carência de um suporte teórico impede a correta compreensão dos problemas práticos e a busca de soluções equilibradas. Na ânsia de preservar os “interesses de terceiros”, termina-se podando os direitos dos “primeiros”. Pois assim devem os autores ser concebidos: como “primeiros”. Não por outra razão que se fala em Direito do Autor e não em direito da coletividade ou do terceiro co-contratante. A discussão acerca de toda e qualquer problemática autoral deve estar sempre atenta a esse protagonismo.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou explorar o direito de retirada, frequentemente apontado como um direito inútil, sem propósito, frívolo. Diante de tantos ataques à sua utilidade, optou-se por uma linha de pesquisa que problematizasse justamente a efetividade do direito. Qual o significado da retirada? Em que consiste? O que objetiva? Quais os seus efeitos e os interesses contrapostos? Como retirar algo que não é tangível? Se é verdade que se pode destruir um objeto corpóreo, fazendo cessar a sua existência, o mesmo não pode ser dito, ao menos nos mesmos termos, de uma criação intelectual, a qual existe de forma fluida.

O desafio de lidar com algo que é, por um lado, abstrato e que, por outro, pode ser tão concreto foi provocador. Superar esse obstáculo só foi possível através de uma firme base teórica. Os capítulos iniciais, ainda que em um primeiro momento parecessem supérfluos, foram essenciais para a precisa compreensão do problema. Sem entender a essência ubíqua das criações intelectuais; o histórico de negligência dos interesses do autor; a diferença entre *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*; a perspectiva do *droit d'auteur* e a proposta de primazia do direito moral; a relação bilateral entre autor e sociedade; não se conseguiria chegar a qualquer resposta minimamente viável.

Verdadeiramente imprescindível para a realização do trabalho foi a ideia kantiana do “discurso” que jaz em toda obra. Essa noção de que o autor nada mais é do que um orador; a obra, uma mensagem; o editor, um mensageiro e a coletividade, um público; pareceu-nos de uma precisão irretocável. Acatando-a, fez-se presente durante todo o texto, ainda que, por vezes, de forma sutil ou implícita. Ao enxergar a obra enquanto mensagem, fica mais fácil entender os motivos que levam alguém a não mais querer se comunicar e a buscar a interrupção do diálogo. Enquanto originador do discurso, toda e qualquer veiculação depende de seu consentimento. Esse raciocínio foi crucial para estender os limites da retirada, concebendo-a de forma mais ampla e separando-a da percepção reducionista do arrendimento.

Ao pregar essa necessidade de respeito à vontade comunicacional do autor; ao salientar a sua peculiar relação com a obra; buscou-se ser o mais coerente possível. Referida ideia não foi adotada numa ou noutra ocasião, de maneira flutuante, conforme a conveniência e oportunidade de cada argumento. Muito pelo contrário, referida visão fora acatada em sua plenitude, inclusive quando a mesma conduzia em sentido diverso do comumente proposto.

Daí por que se defendeu a intransmissibilidade dos direitos morais; eis a razão de se ter restringido as possibilidades de retirada póstumas.

Importante também registrar que a filiação ao sistema de *droit d'auteur* não se deu de forma cega, aniquilando os direitos e interesses contrapostos. O respeito ao autor e à criação não pode implicar no desrespeito às demais pessoas. Impossível conceber, na contemporaneidade, um direito absoluto ou irrestrito. Elencou-se e reforçou-se, portanto, uma série de limitações, as quais podem, por muitos estudiosos, ser até consideradas excessivas. Prova maior disso fora a elevação do requisito indenizatório a um patamar de essencialidade. Não se ignorou tampouco o interesse coletivo, o qual inevitavelmente se choca com os interesses do autor e, por vezes, prevalece no caso concreto.

O presente trabalho foi, desse modo, um verdadeiro exercício de equilíbrio, buscando, na corda bamba da Limitação x Efetividade, traçar algumas diretrizes de otimização. O título “Entre a Limitação e a Efetividade do Direito de Retirada do Autor”, ainda que, em um primeiro instante, pareça deveras poético para um trabalho científico, pretendeu traduzir essa constante tensão entre os dois polos. Esforçou-se, a todo tempo, para conciliar os interesses do indivíduo-criador e da sociedade na qual se insere. Um não existe sem o outro, havendo uma inolvidável relação de dependência mútua.

As diretrizes ora propostas, como é de se esperar diante de questões tão controvertidas, não devem ser encaradas como verdades absolutas, insuscetíveis de crítica. Longe disso, quer-se exatamente abrir espaço para crítica e ulteriores problematizações. Alcançar o equilíbrio é tarefa das mais difíceis e não há melhor prática para consecução desse desiderato do que o confronto de ideias.

Eis, por conseguinte, o objetivo central deste trabalho: dar alguns passos a mais (ainda que cambaleantes) na direção do equilíbrio, na busca do ponto ótimo, ficando-se sempre em raciocínio *a priori*. Os problemas práticos decorrem, muitas vezes, de incompreensões teóricas. Por isso a importância de uma sólida base teórica. A Lei nº 9.610/98, um dia, passará, assim como, um dia, passou a Lei nº 5.988/73. Os problemas da limitação e efetividade, contudo, persistirão, enquanto exista sociedade e enquanto existam criadores.

## REFERÊNCIAS

ACERVO DA FUNDAÇÃO CASA DE JORGE AMADO. **O Mundo da Paz**. Disponível em: <<http://acervo.jorgeamado.org.br/item/310231247491>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

ALEMANHA. **Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte**, de 9 de Setembro de 1965. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/UrhG.pdf>>. Acesso em: 13 de nov. 2017.

ALLFELD, Philipp. **Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst**. 2. ed. Munique: C.H. Beck, 1928.

AMADO, Jorge. **O Mundo da Paz**. Rio de Janeiro: Editorial Vitória, 1951.

A PRETENZA PROPRIEDADE INTELECTUAL. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 20, p. 243-261, jul./dez., 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BALDWIN, Peter. **The copyright wars: three centuries of trans-Atlantic battle**. 1. ed. Princeton: Princeton University Press, 2014.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual – Tomo I**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARTHES, Roland. **O Rumor da Língua**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BIBLIOTHEKSURTEILE. **Rückruf einer Dissertation wegen gewandelter Überzeugung**. Disponível em: <[www.bibliotheksurteile.de/?p=2471](http://www.bibliotheksurteile.de/?p=2471)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

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

BLACKSTONE, Sir William. **Commentaries on the Laws of England – Book the Second**. Boston: T.B. Wait and Sons, 1818, p. 407.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 07 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.** Lei de Direitos Autorais. Brasília, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm)>. Acesso em: 08 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Brasília, 1993. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998.** Lei de Direitos Autorais. Brasília, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm)>. Acesso em: 13 de nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 12 jan. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 17 jan. 2018.

CASE WESTERN RESERVE UNIVERSITY. **Statute of Anne.** Disponível em: <<https://case.edu/affil/sce/authorship/statueofanne.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

CHAVES, Antônio. **Proteção internacional do direito autoral de radiodifusão.** 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos.** Disponível em: <[www.journals.usp.br/rfdusp/article/download/67580/70190](http://www.journals.usp.br/rfdusp/article/download/67580/70190)>. Acesso em: 18 nov. 2017.

CONFEDERAÇÃO INTERNACIONAL DAS SOCIEDADES DE AUTORES E COMPOSITORES. **Charter of the Author's Right.** Disponível em: <[members.cisac.org/CisacPortal/initConsultDoc.do;jsessionid=1FB1B3266ED7C0EF3FF4BC0B15D43FC2?idDoc=8607](http://members.cisac.org/CisacPortal/initConsultDoc.do;jsessionid=1FB1B3266ED7C0EF3FF4BC0B15D43FC2?idDoc=8607)>. Acesso em: 26 nov. 2017.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil.** 2. ed. São Paulo: FTD, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

DIETZ, Adolf. **Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft.** 1. ed. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1978.

DIETZ, Claire. **Der Werkintegritätsschutz im deutschen und US-amerikanischen Recht.** Berlin: De Gruyter, 2009.

DOCTRINE. **Cour d'appel de Poitiers, 3ème chambre, 29 juillet 2010, nº 07/01183.**

Disponível em: <<https://www.doctrine.fr/d/CA/Poitiers/2010/BDD3C6D2861169AB24E61>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

EICHELBERGER, Jan; JÄNICH, Volker Michael. **Urheber- und Designrecht**. Kohlhammer: Stuttgart, 2012.

ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. **Martial – Roman Poet**. Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/Martial-Roman-poet>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

ESPAÑA. **Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril**. Ley de Propiedad Intelectual. Madrid, 1996. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constitution of the United States**. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#a1\\_sec8](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a1_sec8)>. Acesso em: 05 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Copyright Law of the United States and related laws contained in title 17 of the United States Code**. Disponível em: <<https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

FRANÇA. **Code de la propriété intellectuelle**, version consolidée au 1 octobre 2017. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOLDSTEIN, Paul; HUGENHOLTZ, Bernt. **International Copyright: Principles, Law, and Practice**. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2013.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

INPI. **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio**. Disponível em: <[www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf](http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2017.

ITÁLIA. **Legge 22 aprile 1941 n. 633**. Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. Disponível em: <[www.interlex.it/testi/l41\\_633.htm#142](http://www.interlex.it/testi/l41_633.htm#142)>. Acesso em: 11 jan. 2018.

JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). **Direito Autoral – Propriedade Intelectual – Série GV Law**. Saraiva: São Paulo, 2014.

LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos** (Versão Kindle). 1. ed. digital. Bogotá: CERLALC, 2017.

LOCKE, John. **Two Treatises on Government**. London: R. Butler, 1821.

MARVIN, Charles A. The Author's Status in the United Kingdom and France: Common Law and the Moral Right Doctrine. **The International and Comparative Law Quarterly**, vol. 20, n. 4, 1971, p. 675–705.

MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor: Repersonalizando o Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Os autores ainda não conhecem seus direitos**. Disponível em: <[http://www.rodrigomoraes.adv.br/index.php?site=1&modulo=eva\\_conteudo&co\\_cod=201](http://www.rodrigomoraes.adv.br/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=201)>. Acesso em: 11 jan. 2018.

MUNDO ESTRANHO. **Como é a edição e a produção de um livro?**. Disponível em: <<https://mundoestranho.abril.com.br/cultura/como-e-a-edicao-e-producao-de-um-livro/>>. Acesso em: 11 jan. 2018

NAÇÕES UNIDAS. **O que são os direitos humanos?** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>>. Acesso em: 02 nov. 2017

NEURAUER, Sebastian. **Das Bauhaus und die Verwertungsrechte**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

NIMMER, David. **Copyright in the Dead Sea scrolls: authorship and originality**. Disponível em: <[www.houstonlawreview.org/archive/downloads/38-1\\_pdf/HLR38P1.pdf](http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/38-1_pdf/HLR38P1.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2017.

PARLAMENTO EUROPEU. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000)**. Disponível em: <[www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2017

PIMENTA, Eduardo. **Dos crimes contra a propriedade intelectual**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março**. Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Disponível em: <[www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=484&tabela=leis&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=484&tabela=leis&so_miolo=>)>. Acesso em: 13 jan. 2018.

RAJAN, Mira Teresa Sundara. **Moral rights: principles, practice and new technology**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2011.

RIGAMONTI, Cyrill P. **Deconstructing Moral Rights**. Harvard International Law Journal, vol. 47, n. 2, 2006.

SAINSBURY, Maree. **Moral Rights and their application in Australia**. Sydney: The Federation Press, 2003.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). **Direito de autor e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARRAUTE, Raymond. Current Theory on the Moral Right of Authors and Artists under French Law. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 16, n. 4, 1968, p. 465–486.

SISKIN, Clifford; WARNER, William (Coord.). **This is Enlightenment**. Chicago: The University of Chicago Press, 2010, p. 203.

STANDLER, Ronald B. **Moral Rights of Authors in the USA**. Disponível em: <[www.rbs2.com/moral.pdf](http://www.rbs2.com/moral.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

STRÖMHOLM, Stig. **Droit Moral – The International and Comparative Scene from a Scandinavian Viewpoint**. Disponível em: <[www.scandinavianlaw.se/pdf/42-14.pdf](http://www.scandinavianlaw.se/pdf/42-14.pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2017.

THE FOUNDER’S CONSTITUTION. **Thomas Jefferson to Isaac McPherson**. Disponível em: <[press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1\\_8\\_8s12.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_8s12.html)>. Acesso em: 03 nov. 2017

THE SAMUEL JOHNSON SOUND BITE PAGE. **Quotes on Writing**. Disponível em: <[www.samueljohnson.com/writing.html](http://www.samueljohnson.com/writing.html)>. Acesso em: 26 nov. 2017.

TORREMANS, Paul. **Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2007, p. 145.

ULMER, Eugen. **Urheber- und Verlagsrecht**. 3. ed. Berlin: Springer, 1980.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: <[unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf](http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2017

\_\_\_\_\_. **Convenção de Berna**. Disponível em: <[www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil\\_conv\\_berna\\_09\\_09\\_1886\\_por\\_orof.pdf](http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/bresil/brazil_conv_berna_09_09_1886_por_orof.pdf)>. Acesso em 02 nov. 2017.

UNIVERSITÄT BERN. **Prof. Dr. Cyrill P. Rigamonti - Curriculum Vitae**. Disponível em: <[www.iwr.unibe.ch/about\\_us/prof\\_dr\\_cyrill\\_p\\_rigamonti/curriculum\\_vitae/index\\_eng.html](http://www.iwr.unibe.ch/about_us/prof_dr_cyrill_p_rigamonti/curriculum_vitae/index_eng.html)>. Acesso em: 03 dez. 2017.

UNIVERSITY OF CAMBRIDGE. **University of London Press v University Tutorial [1916]**. Disponível em: <<https://www.civil.law.cam.ac.uk/virtual-museum/university-london-press-v-university-tutorial-1916-2-ch-601>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

UNIVERSITY OF NEW HAMPSHIRE. **The House Report 1 on the Copyright Act of 1909**. Disponível em: <[www.ipmall.info/sites/default/files/hosted\\_resources/lipa/copyrights/The%20House%20Report%201%20on%20the%20Copyright%20Act%20of%201909.pdf](http://www.ipmall.info/sites/default/files/hosted_resources/lipa/copyrights/The%20House%20Report%201%20on%20the%20Copyright%20Act%20of%201909.pdf)>. Acesso em: 07 dez. 2017.

USP – BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção que institui a organização mundial da propriedade intelectual (1967)**. Disponível em: <[www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organizacao-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-que-institui-a-organizacao-mundial-da-propriedade-intelectual.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organizacao-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-que-institui-a-organizacao-mundial-da-propriedade-intelectual.html)>. Acesso em: 03 nov. 2017

\_\_\_\_\_. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789)**. Disponível em: <[www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html)>. Acesso em: 07. nov. 2017.

VORLÄNDER, Karl. **Immanuel Kant – Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik**. Hamburg: Felix Meiner Verlag, 2014.

WANDTKE, Artur-Axel. **Urheberrecht**. 4. ed. Berlim: De Gruyter, 2014.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **Notions Fondamentales du Droit d'Auteur**. Disponível em: <[www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/844/wipo\\_pub\\_844.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/844/wipo_pub_844.pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2018.

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

\_\_\_\_\_. **A Proteção Internacional do Direito de Autor e o Embate entre os Sistemas do Copyright e do Droit d'Auteur**. Revista Videre, v. 3, n. 5, jan./jun. 2011.