

Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico Financeiro

Nova Série Ano XXVI
N. 66 Abril-Junho/1987



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DEL PHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORAR
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tel. (011) 37-2433
01501 - São Paulo, SP.

88

ANO XXI (Nova Série)

DOUTRINA

— A garantia à primeira demanda no Direito Comparado — Arnoldo Wald	5
— Direitos Autorais — Hotéis, motéis e similares. Pela música executada tanto nos ambientes coletivos como nos aposentos, são devidos — Antônio Chaves	13
— Aspectos jurídicos do “underwriting” — Nélson Eizirik	19
— Anteprojeto de Lei das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada — Jorge Lobo	29
— Formas de abuso de poder econômico — José Alexandre Tavares Guerreiro	41
— Nota promissória rural e duplicata rural — Títulos de créditos civis. Destinação específica: representar vendas a prazo de bens de natureza agrícola, extractiva ou pastoril — Sady Dornelles Pires	53
— “Factoring” — Alternativas face às modificações financeiras introduzidas pelos Decs.-leis 2.283/86 e 2.284/86 — José Ernesto Marino Neto	67

JURISPRUDÊNCIA

— Sociedade anônima — Direito de recesso — Não exige a Lei 6.404/76, art. 136, V, que a alteração estatutária importe mudança de objeto essencial da empresa — Basta que prejudiquem interesses de acionistas minoritários, para dar ensejo ao recesso — Comentário de Mário Engler Pinto Júnior	77
— Indenização — Responsabilidade civil — Morte de novilhas em razão de complexo vitamínico — Impossibilidade da efetivação do exame pericial — Nexo causal, no entanto, afirmado pelas provas dos autos — Irrelevância do licenciamento do produto pela Divisão de Produtos Veterinários do Ministério da Agricultura — Ação procedente — Embargos rejeitados — Comentário de José Reinaldo de Lima Lopes	88
— Direito Autoral — Obra didática — Reprodução de texto em obra alheia — Lei 5.988/73, art. 49 — Não constitui ofensa aos direitos do autor a reprodução de trechos e pequenas composições alheias, em obra maior de caráter didático — Comentário de Eduardo Vieira Manso	95

ATUALIDADES

— O mito do “controle gerencial”. Alguns dados empíricos — Nélson Eizirik	103
--	-----

REMINISCENCIAS

— Caça aos livros — Edgard de Castro Rebello	107
---	-----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANTONIO CHAVES

Prof. Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP.

ARNOLDO WALD

Catedrático de Direito das Faculdades de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, Universidade do Estado da Guanabara, Universidade Federal Fluminense e da Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro.

EDGARD DE CASTRO REBELLO

Professor Emérito da antiga Universidade do Brasil, no Rio de Janeiro.

EDUARDO VIEIRA MANSO

Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Advogado em São Paulo.

JORGE LOBO

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Promotor de Justiça da 1.ª Categoria do Ministério Público do Rio de Janeiro.

JOSE ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JOSE REINALDO DE LIMA LOPES

Advogado em São Paulo.

MARIO ENGLER PINTO JUNIOR

Advogado em São Paulo.

NELSON EIZIRIK

Mestre em Direito pela PUC/RJ, Prof. da Faculdade de Direito Cândido Mendes e da Fundação Getúlio Vargas, Diretor da Comissão de Valores Mobiliários e Membro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

SADY DORNELLES PIRES

Advogado em Porto Alegre/RS.

Edição e direção de

EDITORIAL FJF
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde da Piedade, 78 — TEL. (1911) 37-3033
Belo Horizonte — Minas Gerais — SP.

pode negar qualquer coisa: qualquer fabricante pode impugnar qualquer laudo! Será que são aceitáveis aqueles laboratórios ou institutos sobre os quais os fabricantes têm alguma ingerência? As questões de fato parecem mais difíceis que as questões de direito. Fica de positivo neste passo, pelo menos, o pressuposto pelo qual se julga a responsabilidade do fabricante: ela é objetiva e exige nada, mais do que isto — a prova do dano e do nexo de causalidade. É já bastante, consideradas as circunstâncias que em geral deixam o consumidor em posição subordinada no mercado. Fica ainda o fato de que ao apreciar a prova, os tribunais devem satisfazer-se com a "prova possível".

6. O complexo vitamínico aplicado às novilhas estava registrado no Ministério da Agricultura. Todo produto registrado em órgão público carrega em si alguma presunção de não ser nocivo ou defeituoso? O simples fato do registro (como ocorre em geral com o produto alimentício ou farmacêutico) isenta o fabricante de responsabilidade? Transfere a responsabilidade para o órgão estatal que faz o registro ou fiscaliza a atividade do produtor? A questão fica melhor colocada nos chamados "efeitos de projeto" ou, como no caso, de "fórmula", eventualmente. É perfeitamente possível que apesar de um bom projeto ou uma boa fórmula a coisa apresente defeito de "fabricação" propriamente. O órgão público não pode ser responsabilizado por um defeito assim, cuja origem está no estabelecimento do fabricante. De qualquer modo, o Tribunal seguiu aqui também a melhor linha decisória, já tradicional entre nós: o Poder Público não responde solidária ou vincarialmente pelo exercício de atividade empresarial. O registro de um produto, de uma atividade ou a fiscalização a que se submete não isentam o empresário de responsabilidade e nem opera uma transferência da mesma. Os registros têm um caráter genérico e não específico. Referem-se à atividade ou a uma série de produtos, não a atos particulares ou coisas individuais. O Estado não tem como substituir-se na responsabilidade de um fabricante porque não está dentro do estabelecimento operando. Os controles, quando existentes, são geralmente controles por amostragem. A regra a deduzir, pois, é a da responsabilidade do fabricante, a despeito de qualquer registro ou fiscalização a que se sujeite um produto. É regra também aceita internacionalmente.

7. Várias outras considerações poderiam ser feitas em torno desta questão e em torno do lúcido julgamento. Não sendo esta a sede apropriada, deve-se mencionar apenas o problema relativo à possibilidade do controle do subjetivismo na apreciação da prova, bem como às presunções que devem sempre militar a favor do consumidor, para ficar em alguns poucos exemplos. Com todas as dificuldades existentes, parece que o consumidor tem, pelo menos, a esperança de uma porta aberta em decisões como esta do Tribunal de Justiça de São Paulo. Resta esperar também que as grandes maiorias possam chegar lá.

José Reinaldo de Lima Lopes

DIREITO AUTORAL — Obra didática — Reprodução de texto em obra alheia — Lei 5.988/73, art. 49 — Não constitui ofensa aos direitos do autor a reprodução de trechos e pequenas composições alheias, em obra maior de caráter didático.

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 78.808-1, da comarca de São Paulo, em que é apelante Maria de Lourdes Ricardo, sendo apelados Marco Editorial Sociedade Limitada e outras: Acordam em 3.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Trata-se de ação de indenização cumulada com preceito cominatório, ajuizada pela viúva do poeta Cassiano Ricardo, contra três editores que teriam feito inserir, em publicações suas, poemas de seu pranteado marido, cujos direitos lhe foram transmitidos através de testamento. Segundo a petição inicial as rês violaram, com as mencionadas edições, não apenas o art. 153, § 25 da CF, mas igualmente a Lei 5.988/73.

Ao apreciar e julgar a ação, a respeitável sentença da primeira instância, proferida pelo ilustre Magistrado Joaquim Garcia Filho, a considerou improcedente, e carreou à autora as yerbas da sucumbência.

Tempestivamente a vencida apelou buscando a reforma, tendo o recurso regular processamento.

Há uma frase, redigida pelo ilustre advogado Luiz Camargo Pinto de Carvalho, patrono de Saraiwa S/A — Livreiros e Editores —, em contra-razões de recurso, que bem define a erudita discussão que se travou neste litígio: “Não é da tradição do direito brasileiro o julgamento com base exclusiva em *precedente jurisprudencial*, como ocorre neste caso”.

Quase certo por estarem as partes representadas por excelentes profissionais, e pela perícia se ter efetivado através de notáveis juristas, cuja contribuição para a solução final se tornou inestimável, o rumo tomado pelo processo visou, a rigor, atender a uma eventual apreciação pelo STF, tanto que toda a discussão girou em torno de seus precedentes, aliás parcos, em face da magnitude do problema, aparentemente ainda sem rumo definido.

Tanto o Prof. Antônio Chaves, cuja adjetivação, para definir sua capacidade jurídica lhe seria totalmente desnecessária, e que serviu como perito judicial, como o ilustre advogado Hermano Duval, internacionalmente reconhecido como *expert* em questões afetas ao Direito Autoral, e que amiúde, com sua presença, engrandece o foro de São Paulo, agora motivações pessoais, que não convém repetir, forneceram laudos que abrangiram, a rigor, tudo o que já se disse, no país, a respeito do direito (ou proibição) de reproduzir, em parte, em livros antológicos ou didáticos, parte de obras literárias alheias.

Partindo-se do pressuposto constitucional, há que se atentar para a garantia individual disposta no § 25 do art. 153 que assegura aos autores de obras literárias, artísticas e científicas o direito exclusivo de utilizá-las. E como remete ao legislador ordinário a fixação do tempo em que perduraria a transmissibilidade, por herança, há que se supor, também, que a complementariedade adviria por novo diploma, praticamente dispensáveis os dispositivos legais estatuídos pelo Código Civil.

A Lei 5.988/73 que regula os direitos autorais, no que importa ao presente caso, estabeleceu em seu art. 49 que “não constitui ofensa aos direitos do autor: I — A reprodução: a) de trechos de obras já publicadas, ou ainda que integral, de pequenas composições alheias no contexto de obra maior, desde que esta apresente caráter científico, didático ou religioso, e haja a indicação da origem e do nome do autor”.

Tomando por base esse parâmetro legal o MM. Juiz julgou a ação improcedente e fê-lo corretamente.

Segundo sua exposição, “em relação à obra publicada pela co-ré Marco Editorial, tem-se que a mesma é eminentemente uma crítica-literária, isto é, teve ela caráter didático, a par do exercício do direito de citação” e mesmo um leigo, assinala S. Exa., “reconheceria naquela obra uma *crítica literária*”, porque “são textos comentados abrangendo, naquele volume, a época modernista, diferenciando-se sobremaneira das obras das co-rés”.

Quanto às destas, conclui o MM. Juiz, “são de caráter didático”.

Não há como fugir dessa colocação extremamente prática feita pela sentença. Ao simples manuseio das publicações trazidas com a inicial e demais peças do processo, se constata a inexistência do elemento caracterizador de publicação irregular, com o fito de usurpar, ao escritor, ou aos detentores dos direitos autorais, a proteção que a lei lhe fornece.

Mesmo o Prof. Antônio Chaves, em seu alentado e culto parecer, não deixa de anotar que essas publicações “correspondem, através de textos acompanhados por fartas ilustrações a cores, indagações, quadros e esquemáticos, ao objetivo que se propunham seus autores, isto é, “ampliar as possibilidades de comunicações e de novas leituras”, e confirma o ilustre Jurista que “retirados os textos de Cassiano Ricardo sem dúvida sobreviveria a obra”.

O E. Supremo Tribunal Federal, a rigor, apreciou duas questões similares, e numa delas avulta o entendimento do ilustre Min. Rodrigues Alckmin e que introduz dois novos

fundamentos na discussão: o da publicidade da obra, *in genere*, do autor, e o referente ao abuso do exercício do direito.

De fato, “é significativo, para um autor, que suas obras sejam utilizadas para o ensino e que deve ser valorizada a publicidade que daí lhe advém”. Não tanto para Cassiano Ricardo, que os contemporâneos já haviam consagrado, mas para os jovens escritores, a inserção de trechos ou de parte de obras suas, em obras didáticas, serve como meio de difusão de seu nome a provocar inevitável repercussão de caráter econômico.

E em relação aos autores de nome consagrado, há como que uma obrigação bilateral entre eles e a comunidade que os aceitou, no sentido de que permitam a divulgação resumida de suas obras visando ao aperfeiçoamento intelectual, ou, como prefere admitir o pranteado Min. Rodrigues Alckmin, “ao interesse na instrução popular, ao interesse social na formação cultural da juventude, que determinariam a licença constante de nossa legislação” (RT 531/247).

Certo que se tratou de voto minoritário (ainda que em Turma do E. Supremo Tribunal Federal).

Como afirmou o Min. Cunha Peixoto, em voto vencedor, o que o levou a acompanhar a conclusão final do Min. relator, foi mera situação de fato, ou seja, a de que é necessário “que a obra continue, na verdade, a ser uma obra, se expurgados os trechos transcritos” (idem, p. 255).

Ora, essa foi a conclusão do ilustre Prof. Antônio Chaves em seu parecer.

Finalmente a apreciação feita pelo Dr. Hermano Duval se assenta à questão em debate: “Assim, não há como atribuir sentido pejorativo à *função social* do Direito Autoral quanto ao Ensino, à divulgação da Informação e da Cultura, uma vez que ditas restrições resultam transparentes da própria Lei” (fls.).

Negam, assim, provimento ao recurso, para confirmar a excelente sentença de primeira instância pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

O julgamento teve a participação dos Des. Penteado Manente, pres. (sem voto), Mattos Faria e Youssef Cahali, com votos vencedores.

São Paulo, 11 de novembro de 1986 — *Toledo César*, relator.

COMENTÁRIO

O v. acórdão proferido no julgamento da apelação cível acima transcrita merece, primeiramente, uma nota crítica.

Atuaram no feito, como perito judicial e como assistente técnico, dois eméritos juristas versados ambos em Direito Autoral: o ilustre Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Presidente do Instituto Interamericano do Direito de Autor, membro do Conselho Nacional de Direito Autoral entre outros títulos, Antônio Chaves e o não menos ilustre advogado e especialista carioca, Hermano Duval, autor de livros já clássicos a respeito desse novo ramo do Direito Privado, respectivamente.

Todavia, a questão de fato, que fundamentou a ação, consistiu na alegada utilização de trechos de obras do conhecido poeta modernista, Cassiano Ricardo, em obras das editoras-rés, sem a prévia autorização da viúva do escritor.

As defesas apresentadas em contestação ao pedido, de seu lado, fundaram-se no fato de que aquelas reproduções dos trechos mencionados se deram em obra de “crítica literária a respeito da obra dos principais escritores do movimento modernista brasileiro, e em obra que tem evidente função didática e em obra estritamente didática, de modo que em nenhuma dessas hipóteses teria havido ilícito autoral, em face do que dispõem a alínea “a”, do inc. I, e o inciso III, do art. 49, da Lei 5.988/73 (que rege os direitos autorais e os que lhes são conexos, no Brasil).

Dessa forma o objetivo da perícia haveria de ser, inquestionavelmente, elucidar a ocorrência de inserção de obra alheia em obras didáticas, já que nenhuma

das rês negou o fato, mas apenas todas elas quiseram dar-lhes uma precisa conceituação técnica: a de as obras utilizantes dos trechos de Cassiano Ricardo consistirem, ou não, em obras didáticas.

A qualificação de uma obra intelectual como didática, como parece evidente, requer conhecimento de pedagogia, de didática, assim como a de outra, como "obra de crítica literária", depender dos conhecimentos próprios da Teoria Literária.

Em nenhuma hipótese, portanto, a perícia requeria conhecimentos jurídicos, porque, aliás, estes a lei supõe que o juiz os tenha.

"O perito, leciona Arruda Alvim (*Código de Processo Civil Comentado*, vol. VI, Ed. RT, São Paulo, 1981, p. 191), há de ter uma qualificação substancial e formal pertinente aos conhecimentos científicos ou técnicos, de que pretende se servir o juiz, coadjuvado, via de regra, pelos assistentes técnicos das partes (art. 430 e parágrafo único), ou exercendo estes últimos função crítica (art. 431). O perito é nomeado pelo juiz para realizar trabalho conclusivo sobre assunto técnico do qual o magistrado não possui conhecimento profundo. Esta perícia tem o objetivo de provar os fatos alegados pelas partes, tidos como necessários ao esclarecimento da controvérsia e que não estejam provados por outros meios de prova, sendo idônea a respeito do esclarecimento dos mesmos a prova pericial."

Daí por que a Lei 7.270/84, introduzindo três parágrafos ao art. 145 do CPC, pôs fim a uma verdadeira indústria de apadrinhamento, que havia nos foros brasileiros, com nomeações de parentes, amigos e até cartorários, para a realização de perícias das mais diversas espécies. A partir de então, as partes passaram a ter a segurança de que as perícias haveriam de ser realizadas por pessoas habilitadas, substancial e formalmente, como preconizara Arruda Alvim, visto que, de conformidade com o § 1.º, a escolha dos peritos deverá recair ("serão escolhidos") em *profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente*, incumbindo aos nomeados a comprovação de sua especialidade (§ 2.º).

Portanto, hoje, para ser nomeado perito, não basta apenas, como seria até desejável que fosse, o conhecimento técnico, adquirido em razão de experiência profissional: a lei exige formação universitária. E mais, não basta, também, a formação universitária, porque a lei requer que o perito seja profissional, isto é, que atue de maneira profissional no âmbito dos seus conhecimentos universitários.

Essas exigências apenas podem ser dispensadas nas localidades em que não existam esses profissionais qualificados que preencham os requisitos do dois primeiros parágrafos, como haveria mesmo de ser.

Portanto, por mais ilustres e notáveis que sejam, os juristas não estão habilitados, nem substancial, nem formalmente, para a perícia que vise à comprovação de fatos pertinentes à Pedagogia, ou à Didática, ou à Teoria Literária. Não têm — ao menos não têm essas qualificações os peritos que atuaram no feito cuja decisão se examina — essa qualificação, aqueles renomados e aplaudidos autoristas, porque: não têm essa formação universitária; não têm essa atividade profissional (a despeito de um deles ter sido professor universitário em Faculdade de Direito, para cujo exercício, no entanto, não lhe foi requerido nenhum conhecimento de Pedagogia); não a têm por conhecimento prático, mesmo porque não atuam, profissionalmente, nessas áreas da atividade educacional.

Por essa razão é que se lêm nos laudos que apresentaram, o que se pode classificar como pareceres jurídicos, conforme comprovam algumas passagens, colhidas a esmo nos respectivos laudos:

a) No do Prof. Antônio Chaves (recheado, por sinal e sintomaticamente, de citações de outros juristas, o que não se coaduna com laudo daquela natureza):

— “Não tem em conta, pois, esta Convenção [Convenção de Berna, texto de Paris, 1971], em dispositivo já superado entre nós, qualquer critério de natureza comercial. Ao contrário, estabelece dois parâmetros: o dos bons costumes e o da medida justificada pela finalidade a ser atingida, levantando, assim, problemas de difícil solução prática toda vez que páginas e páginas forem transcritas, por comodismo ou malícia, sem necessidade.” (Em negrito, mostra de uma interpretação de texto legal, que evidentemente, não compete a nenhum perito; entre colchetes, texto não do laudo).

— “Analizada a matéria à luz desses elementos, não há como aceitar a asserção de que o aproveitamento do poema caracteriza uma simples *citação*: é uma verdadeira *transcrição*, cuja ausência não daria uma idéia da amplitude e da profundidade do movimento da poesia modernista no Brasil. Constitui, pois, elemento imprescindível, que não poderia ter sido aproveitado sem a prévia permissão do titular do direito. *De onde se deduz que, seja qual for a extensão do excerto, a quem o divulgou, sem a necessária autorização, incumbe a obrigação de pagar o valor que for arbitrado*.” (Em grifo, verdadeira sentença, decisão sobre o mérito da causa, o que, também, obviamente, não compete a nenhum perito.)

b) No laudo do Dr. Hermano Duval, mais comedido nas incursões à teoria do Direito Autoral, mesmo assim também ultrapassando seus limites de simples técnico em questão de fato:

— “Aflorando o tema, de forma ambivalente e contraditória, o Perito do Juízo, apoiado em Hugo Wistrand, que cita longamente (fls. 289 a 291) e com fundamento no art. 10, alínea “a” da Convenção de Berna, de 1971 (anterior a a nossa LDA [lei dos direitos autorais] de 1973), deduziu os critérios dos ‘bons costumes’ e ‘na medida justificada para o fim a atingir’. Esqueceu-se, porém, que a al. 2 desse mesmo Art. 10 abriu reserva à lei interna do país a ele jurisdicionado (Brasil); ora se o art. 49/I/“a” e art. 49, III da LDA/73 são posteriores [sic], nada referindo-se àqueles critérios de Berna, segue-se que o nosso critério da concorrência (1986) continua válido...” (Em grifo, interpretação de lei que, a despeito de estar criticando o laudo do Perito Judicial, também está além das atribuições da perícia.)

— “Logo, acatadas as indicações das fontes (nome e título), o direito de citação é absolutamente *livre* e não está sujeito a qualquer contraprestação da co-ré Marco à A., motivo por que iremos nos dispensar de avaliá-lo mais adiante...” (Os grifos são do original e em negrito, mais uma “decisão” profissionalizada pela perícia...)

Parece, pois, que, aqui também, em matéria de perícia, já é urgente que nossos Magistrados atentem mais para o real objetivo dela, visando à indicação de técnicos, universitariamente habilitados e que estejam atuando profissionalmente em ofícios pertinentes, a fim de que os laudos sejam luz quanto aos fatos e não quanto ao direito. O direito, o juiz o conhece e somente ele pode aplicá-lo ao fato que lhe é exposto e que, este sim, pode e deve ser esclarecido pelas partes, inclusive mediante a perícia. Se as partes carecem de melhores justificativas de

suas pretensões, que elas se louvem em seus consultores jurídicos cujos laudos podem (talvez até devam) juntar às próprias razões. Fazê-lo, porém, como se fossem laudos periciais, parece visar subtrair dos magistrados alguma parcela de sua competência e de suas atribuições, invadindo-lhe até a jurisdição.

Outra pessoa, no entanto, funcionou na perícia, como assistente técnica de outra das réis, já agora perfeitamente enquadrada nas exigências para sua nomeação. Tratava-se de uma professora universitária e que atua na Universidade em cursos de língua e literatura portuguesa, sendo sua especialidade — não o Direito Autoral, como no caso dos dois outros —, mas "Prática de Ensino do Português". Preenche, pois, os requisitos da lei, que o caso requeria, porquanto, como se viu, cuidava a perícia de apurar se os livros em que houve "citação" ou "transcrição" de obras de Cassiano Ricardo seriam didáticos ou críticas de literatura como afirmaram as réis em suas defesas. Por isso, pôde essa perita afirmar, com absoluta segurança, sem nenhuma necessidade de valer-se de ensinamentos de juristas pátrios, nem de estrangeiros, que se tratava de livros didáticos, porque o livro didático "está centrado no Programa de determinada série e é em torno de itens relativos ao ensino da língua que são selecionados os textos", acrescentando, que, "dessa forma, tem o livro didático um cunho pedagógico explícito, pois organiza-se conforme as possibilidades intelectuais do jovem estudante, aspecto que não compadece numa Antologia".

Nisso haveria de resumir-se a perícia, porque este é o fato em que haveriam de incidir as regras de exceção aos direitos autorais, invocadas pelas réis, desde que objetivamente apurados na vistoria judicial.

Por isso, com rigoroso acerto, o magistrado que julgou o feito na 9.^a Vara Cível de São Paulo, o ilustre Juiz Dr. Joaquim Garcia Filho, louvou-se inteiramente no laudo dessa Professora que, apesar de não ostentar quilométrica relação de títulos jurídicos, tinha o único que verdadeiramente a habilitava para a perícia, além da experiência profissional necessária para proporcionar respostas criteriosas, objetivas e, em especial, lapidarmente técnicas. Sem vedetismo e, por isso também não se expondo às testilhas entre os peritos muito vaidosos de seus próprios conhecimentos e de seus próprios feitos, aquela verdadeira técnica, tal como varoa em "mares nunca dantes navegados" (nunca fora perita em assuntos pertinentes a direito autoral, segundo ela mesma), foi quem forneceu as luzes que melhorclarearam os fatos, com base nos quais S. Exa. pôde verificar o direito aplicável.

Sirva, pois, o evento, como lição: que se observem as normas do Código de Processo Civil, naquilo relativo à nomeação dos peritos. São, ao mesmo tempo, simples e eficientes.

Quanto ao comentário ao v. acórdão proferido pela E. 3.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, redigido por seu relator, o ilustre Des. Toledo César, confirmando por inteiro a magnífica sentença de primeiro grau, pouco há que dizer.

No entanto, sem embargo de ter até citado o advogado de uma das réis, segundo o qual "não é da tradição do direito brasileiro o julgamento com base exclusiva em *precedente jurisprudencial*", o v. acórdão pôs acento em voto minoritário proferido pelo saudoso Min. Rodrigues Alckmin, em caso que a Autora procurou apresentar como paradigma do seu, e que envolvia, também, escritores célebres (cf. RT 531/247). Todavia, esse caso cuidou de utilização de textos de

Autran Dourado e de Carlos Drummond de Andrade, em simples compilações que não tinham outro objetivo senão o de colecionar trechos de obras valiosas, de tal forma que, retirados de cada livro, esses trechos alheios, nada restava que pudesse ser considerado "obra maior", em cujo "contexto" hão de inserir-se as transcrições de "trechos de obras já publicadas, ou ainda que integral, de pequenas composições alheias", como preceitua a alínea "a", do inc. I, do art. 49, da Lei 5.988/73 (LDA).

A citação, por sua própria natureza, sempre estará no contexto de outra obra — a obra citante —, da qual é uma referência, uma confirmação, uma refutação, etc. Por isso, a citação nem precisa de ser transcrição, porque ela visa a expor o pensamento do autor citado, independentemente da forma como o fez. Os poemas concretos, portanto, dificilmente comportariam *citação* que não se fizesse por meio de sua integral e fiel transcrição, já que, neles, a forma gráfica tem relevo fundamental.

Os conceitos jurídicos de citação e de transcrição, assim, são coincidentes, sendo o desta menos abrangente que o daquela: somente há transcrição quando houver reprodução da obra citada, ao passo que pode existir citação sem reprodução, tomando-se a reprodução no sentido exato de multiplicação da obra tal como ela foi publicada e que a LDA, um tanto levianamente define como "a cópia de obra literária, científica ou artística bem como de fonograma" (cf. art. 4.º/IV). A utilização de obra alheia, para fins de estudo, crítica ou polêmica, que a LDA trata em exceção autônoma (inc. III, do mesmo art. 49), intitulando-a de *citação*, não autoriza a organização de antologias, enquanto tais, porque, nestas, o que seu organizador visa não é uma polêmica, não é um estudo, nem uma crítica, como objetivos básicos, principais, que haveriam de ser sua causa final. Não há dúvida de que qualquer antologia pode servir a tais objetivos, dependendo do uso que dela fizerem seus compradores. Por isso, também, é que nas antologias nada restará que possa ser considerado uma obra intelectual suscetível de gerar direitos autorais, ou seja, nas antologias, a obra maior são as obras antologiadadas.

Seria verdadeiramente decepcionante se, conforme a perícia técnica acima apontada, os livros que se tenham utilizado de obras de Cassiano Ricardo, constituíssem livros didáticos e livro de crítica literária, mas não lhes fossem aplicadas as exceções previstas pela LDA nos incs. I/"a" e III do art. 49, principalmente porque não haveria suporte, jurídico, nem fático, suficiente para a orientação futura dos editores, especialmente de livros didáticos sobre idiomas (português ou língua estrangeira) e os de ensino da literatura.

Sem dúvida, a mesma razão social que autoriza e impõe a tutela dos direitos autorais dos criadores dessas obras ditas "literárias, artísticas e científicas", autoriza e impõe a sua limitação, para que não seja a obra intelectual instrumento de uso anticultural, por excessivo entendimento do caráter absoluto de suas prerrogativas.

Não é, porém, o Direito Autoral que deve desempenhar uma função social, como afirmou Hermano Duval, em seu laudo crítico, lembrado no v. acórdão. Todo direito, por sua natureza desempenha uma função social, de conformidade com seu conteúdo dogmático. Cabe, por isso, à obra intelectual por ele protegida, propiciar uma utilização social, para que possa, efetivamente, atingir aquelas finalidades que justificam sua própria proteção.

Como já disse anteriormente (RT 557/257), “a obra intelectual é, antes e acima de tudo, incondicionalmente, um fato cultural e, pois, em qualquer sociedade, é um bem que serve à cultura e dela decorre”. Por isso é que não é possível reconhecer ao autor de tal obra nenhuma prerrogativa de controle da utilização intelectual dela, depois de ter sido licitamente publicada e, em certas situações, até mesmo quando tenha sido até meramente divulgada (sem ter havido fixação dela em exemplares que a tenham reproduzido para ser distribuída ao público em geral). E, também naquele estudo ora mencionado, foi dito: “O que legitima a proteção jurídica que o Direito confere à obra intelectual, através da promulgação de direitos subjetivos que entram para a titularidade de seu autor, é a sua função social inata, visto que, definitivamente, tal direito não é um prêmio concedido em contrapartida de um trabalho intelectual. No desempenho dessa função social, impõem-se limitações ao exercício do direito exclusivo, mediante certas derrogações e certas exceções que retiram do autor de obra intelectual a possibilidade de opor-se ao uso dela, em favor do interesse social, com vistas ao bem comum.”

Na verdade, não há um “direito de citação”, nem um “direito de transcrição”, mas há uma exclusão de ilicitude na citação e na transcrição previstas nos referidos incisos do art. 49/LDA, que retiram dos autores citados ou transcritos a pretensão a uma condenação em indenização e até em cominação de uma obrigação negativa (abstenção de novas citações ou novas transcrições), porque isso seria uma contradição fundamental, no seio do Direito Autoral.

Eduardo Vieira Manso

NOTAS

1. Cf. José Reinaldo de Lima Lopes, *A Responsabilidade Civil do Fabricante por Fato do Produto* (dissertação de mestrado para a Faculdade de Direito da USP), São Paulo, 1985 e comentário de acórdão na *RDM* 61, Jan/Mar., 1986, pp. 61-63.

Karl Engisch (*Introdução ao Pensamento Jurídico*. 5.^a ed., trad. J. B. Machado. Lisboa: Calouste Goulbenkian, p. 70), afirma que o centro da decisão jurídica e seus problemas está na premissa menor de raciocínio, isto é, na constatação dos fatos — condição para aplicação de uma regra.

