

Sobre a (in)aplicabilidade ao processo de construção decisional das condições de possibilidade do direito de autor

VICTOR GAMEIRO DRUMMOND *

Resumo: O objetivo do presente estudo é analisar se as condições de possibilidade para a aplicabilidade do direito de autor são passíveis de serem compreendidas também como elementos presentes nas decisões judiciais com o fim de que o juiz possa alegar ser um sujeito-criador sob o olhar do direito de autor e, como consequência, fazer uso deste argumento para fortalecer a independência de sua decisões.

Palavras chave: Hermenêutica. Direito de autor. Teoria da decisão. Criatividade.

Key words: Hermeneutics. Copyright. Theory of decision. Creativity.

1. Parte da problemática apontada nas decisões judiciais no Brasil tem sido indicada como consequência de equívocos na aplicação das escolas analíticas que servem como fonte doutrinária e científica para a formação de uma teoria da decisão. No caso do Brasil, particularmente, têm se desenvolvido densos estudos que conduzem à compreensão da hermenêutica contemporânea e a sua aplicação à teoria da decisão¹,

JURISMAT, Portimão, n.º 7, pp. 339-359.

* Pós doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Presidente do Instituto Latino de Direito e Cultura (ILDC). Presidente do Comitê Jurídico e de Desenvolvimento da Federação Latin Artis. Professor universitário. Advogado especialista em propriedade intelectual e direito do entretenimento.

¹ A análise da hermenêutica contemporânea e sua aplicabilidade no Brasil vem sendo elaborada por autores como Lenio Luiz Streck (fundador de uma escola denominada Nova Crítica do

como uma dentre as vertentes que possibilita, para seus adeptos, melhores resultados.

Neste sentido, deve ser compreendido que parte das justificativas e elementos comportamentais dos julgadores baseiam-se, no caso do Brasil, em pensamentos indicados por Streck e seus seguidores como solipsismos. O solipsismo, em muito apertada síntese, indica o pensamento daquele que acredita que somente existem (ou são válidas) suas próprias experiências. Ou, dito de outro modo, que a própria existência de outros seres pensantes depende da sua própria consciência. A superioridade do pensamento solipsista, na acepção que Streck e seus seguidores da doutrina da CHD procuram desenhar, enquadra o julgador como um sujeito que não crê que outro pensamento possa ser mais adequado do que o seu próprio. Agrego que do ponto de vista do processo criativo, esta ideia não seria tão perniciososa, mas do ponto de vista do processo de construção das decisões judiciais, os efeitos nefastos são bastante conhecidos.

Pois bem, em linhas gerais, a Nova Crítica do Direito (NCD) ou Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é uma das escolas que busca implementar novos elementos à teoria da decisão, neste caso, por meio da compreensão da hermenêutica contemporânea. Compreende-se como uma doutrina que atua na formulação de uma teoria da decisão.

O que pretendo com este breve estudo é apontar alguns elementos de concepção científica do ramo do direito de autor e, portanto, externos à hermenêutica contemporânea e à doutrina da CHD, e por meio de tais análises, promover uma interação entre o direito de autor e ferramentas desta categoria para trazer elementos à teoria da decisão contemporânea em construção no Brasil, em especial consonância com elementos da referida doutrina da CHD.

Especificamente, as análises que efetuo se referem à compreensão se o que denomino de condições de possibilidade para a aplicabilidade do direito de autor são passíveis de efetiva aplicação no processo de construção das decisões judiciais.

2. Como indiquei, a CHD compreende que um grave problema nas decisões praticadas no Brasil se deve ao denominado solipsismo. Ocorre que também se extrai deste comportamento por parte do julgador brasileiro um elemento de bastante relevo para o direito de autor, que é exatamente a auto-atribuição, por parte do juiz, de que o seu

Direito ou Crítica Hermenêutica do Direito), André Karan Trindade, Rafael Tomaz de Oliveira, Clarissa Tassinari, Georges Abboud, entre outros, como forma de apresentar as melhores condições e soluções para o caminho de uma teoria da decisão mais densa e correta no Brasil, para que se possa alcançar, no mínimo, uma resposta mais adequada às questões jurídicas.

pensamento (este mesmo, solipsista, construtor da decisão judicial compreendida como a única experiência válida) é livre para a construção judicial, desde que a sua consciência tenha sido consultada,² ou desde que esta (a consciência) seja uma espécie de “emissora original” de suas ideias fundantes das decisões judiciais. A linguagem, portanto, e como consequência, estaria (num equivocado juízo de valor) à disposição do entendimento do julgador sobre o mundo. Este é um equívoco por diversas questões, mas especificamente, a compreensão de que a linguagem esteja à disposição para o processo criativo de natureza artística e, na mesma medida, para o processo de construção decisional é um equívoco que abarca conceitos de hermenêutica, de teoria da decisão, de filosofia do direito e de direito de autor. Obviamente que problema da construção judicial não é somente uma questão de linguagem, mas ele se apresenta fortemente nesta seara considerando o fato de que o ambiente do Direito se desenvolve no domínio da linguagem.

Por outro lado, há uma intenção no senso comum dos julgadores, ainda que não premeditada nem explicitada, de que o processo de construção de uma decisão judicial seja um processo criativo, na essência de como a criatividade pode ser observada no âmbito do direito de autor (portanto, considerando o julgador um autor em sua essência criativa³). Ocorre que este discurso (e a defesa deste equívoco) não é claro, porque os analistas da teoria da decisão não tem conhecimento ou mesmo formação em direito de autor, o que faz com que a identificação deste aspecto apareça, entendo eu, de forma pioneira a partir deste breve estudo. Ora, mesmo sabendo que, como indica Rohden: *a hermenêutica filosófica instaura sentido, isto é, efetiva*

² A expressão *de acordo com minha consciência* e suas variações, como indicou Streck na obra *O que é isto, decido conforme a minha consciência*, transformou-se num verdadeiro cavalo de batalha dos julgadores brasileiros, que acreditam que o apelo ao seu “eu interior” é suficiente para que se extraia uma boa e correta decisão judicial. Ver STRECK, Lenio Luiz, 2010. *O que é isto, decido conforme a minha consciência*, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado.

³ Utilizarei a seguir a expressão *sujeito-criador* com suas especificidades e justificativas. Desde já, devo indicar que esta mesma expressão foi também utilizada por Alberto de Sá e Mello, em denso estudo sobre o contrato no direito de autor, que indica relevante questão sobre a concepção da autoria, criticando corretamente o fato de que muitas leis nacionais (como a portuguesa, espanhola, brasileira, entre outras) estabelecem o processo de atribuição do direito subjetivo ao ato criador e, muitas vezes, com a indicação da referência a pessoas físicas, expressamente, salvo determinação em contrário. Este fato, como indica Sá e Mello, é de grande relevo pois demonstra [...] *o pequeno valor jurídico da associação do objeto-jurídico-obra ao sujeito-criador*. A colocação de Sá e Mello merece reflexão, tanto pelas questões que ele propõem alcançar, que se refletem basicamente nas possibilidades contratuais inerentes ao direito de autor, inclusive no que se refere às questões de renúncia à condição de autor, mas também pelo fato de que indicam a necessidade de um importante análise a ser feita pelos autoralistas sobre as condições que conduzem à condição de autor e se o conceito de autoria está devidamente definido ou se está submetido a questões de ordem mais pragmática. Como questões de ordem pragmática incluo a possibilidade ou não, pura e simples, de transferência de direito ou para terceiros e de consideração de pessoas não físicas serem autoras de obras (e não somente titulares originários). (MELLO, Alberto de Sá e, *Contrato de direito de autor – A autonomia contratual na formação do direito de autor*, Editora Almedina, Coimbra, 2008. p. 68).

*um processo*⁴ ainda assim o processo interpretativo de ver o mundo “na qualidade de artista/autor” e “na qualidade de julgador” é diferente. Dito de outra forma, se é verdade que o sujeito se insere no ato interpretativo através da linguagem que o coloca no mundo, também é verdade que o ver o mundo sob a perspectiva criativa do mundo das artes, da cultura e das ciências não pode ser a mesma da construção judicial por uma série de razões, mas, principalmente porque o construtor da decisão não pode construir sobre bases inexistentes ou criadas sem fundamento que lhe seja prévio e, pior, atribuindo-se-lhe uma maior inventividade caso seja “pioneiro” de determinadas construções judiciais.⁵

3. Por isso, entendo que o sujeito-criador do domínio das artes, da cultura e das ciências não é o mesmo sujeito que vem a construir decisões judiciais, seja por não ser permitido a este último o exercício solipsista, seja pelo fato de que o processo inerente à criação de tais domínios não lhe seja aplicável.

Como já pude explicar, compreendi que o melhor modo de atribuir uma nomenclatura ao sujeito autônomo da filosofia e ao autor, na conceptualização básica (que se busca compreender) no Direito, seria com a utilização concomitante das expressões sujeito e criador. Por outro lado, como a terminologia inerente ao autor traz muitos questionamentos do ponto de vista de seu significado e como é importante indicar que o autor aqui em análise é originalmente o autor setecentista/oitocentista (com esta percepção tendo sido adquirida desde Descartes e posteriormente por Kant⁶)

⁴ ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica, Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. Editora Unisinos. São Leopoldo, 2002, p. 61.

⁵ A situação do modo de decidir no Brasil já é bastante grave do ponto de vista pura sem análise do direito de autor. Com a eventual consideração (equivocada) de que ao julgador cabe a condição de sujeito-criador, o julgador adquire ainda mais liberdade criativa artificial. Isto é gravíssimo considerando-se a potencialidade criativa decorrente do ato de construção decisional, pois confunde-se liberdade criativa artística com liberdade para “criar” decisões. A respeito do “espaço” inerente ao processo de construção decisional, com muita razão expõe Oliveira: “*Toda norma jurídica possui um espaço moldural que o aplicador deve preencher com sua interpretação — e de acordo com sua vontade — no momento da aplicação da norma. Nessa medida, a interpretação do juiz pode ser criticada pela dogmática e pela ciência do direito, mas de maneira alguma poderá ser o órgão aplicador da norma declarado desobediente, uma vez que a interpretação do direito é um ato de vontade — portanto uma questão de filosofia prática — que não pode ser apreendida no nível teórico puro, onde se desempenha uma interpretação como ato de conhecimento*”. Rafael Tomaz de Oliveira, *Expressão pós-positivismo necessita passar por uma limpeza semântica, Coluna Diário de Classe, site Consultor Jurídico (Conjur) publicado em 09/08/2014 - acessado em 19/01/2015 em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo-necessita-passar-limpeza-semantica>*

⁶ Kant foi um dos autores pioneiros nas análises filosóficas do direito de autor, ainda que não tenha sistematizado esta categoria jurídica nem lhe tenha profundamente analisado. O texto de Kant que importa ao direito de autor é *On the Injustice of Reprinting Books* (original em alemão: *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*) publicado em 1785, disponíveis, tanto o texto original quanto a tradução em inglês no endereço <http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools>

mas também o autor que se projeta na concepção criativa individualista, entendi como prudente utilizar a expressão criador, em conjunto com a expressão sujeito. No mais, a expressão autor, na técnica muitas vezes confusa do direito de autor (por vezes ideologicamente e, por outras propositadamente confusa) pode induzir à uma compreensão do autor como titular de direito, o que poderá confundir este sujeito com titulares que não são pessoas físicas (para utilizar uma expressão tipicamente jurídica). A expressão sujeito-criador pode ser utilizada por vezes como sinônimo do autor considerado em seu momento (quando for analisado quem é o autor moderno, pós-cartesiano, por exemplo) e quando for considerado o autor considerado oitocentista romântico cujo conceito aparece já anteriormente em Kant e na revolução francesa. Também me permito utilizar a expressão autor quando, no sentido do que pretendo indicar, faria sentido por estar me referindo ao modo como historicamente este vem sendo denominado (e portanto, a expressão possui incontáveis referências de outros pensadores). Entendo que não há uma distinção entre sujeito-criador e autor na concepção historicamente prévia deste conceito, mas entendo que o contributo que conduz ao significado do sujeito-criador encontra-se na compreensão da autoria pós-*linguistic turn*.

4. Compreendido o sujeito-criador, deve-se também compreender que no caso do direito de autor, a criatividade é um dos elementos que nomeio por condições de possibilidade para a aplicabilidade daquela categoria jurídica. Portanto, o processo que conduz ao surgimento de uma obra baseia-se, obviamente, no processo de criação humana de natureza intelectual. Constitui-se como um processo criativo, alimentado por outras condições de possibilidade (originalidade⁷ e exteriorização) e,

/request/showRepresentation?id=representation_d_1785". Verificar também a tradução (e breves comentários) ao texto na Revista do IBPI, 4ª edição, por Karin Grau Kuntz (Sobre a ilegalidade da reimpressão de livros) disponível em <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/c1cd349287c9c15affff802bffffef.pdf> acessado em 04/12/13, Rio de Janeiro, p. 229 e seguintes. Faço a indicação, também, de que o termo alemão *Unrechtmäßigkeit* pode ser traduzido como ilegalidade, irregularidade, ilegitimidade ou injustiça. A edição em inglês está no mesmo sítio eletrônico do texto original e digitalizado: (disponível em <http://copy.law.cam.ac.uk>, como está acima especificado) indica a utilização da expressão *injustice*, mas também se pode encontrar a tradução *unlawfulness*. No mesmo endereço eletrônico ver os comentários de Friedemann Kawohl: *Commentary on Kant's essay "On the Injustice of Reprinting Books"* (1785) disponível em http://copy.law.cam.ac.uk/cam/commentary/d_1785/d_1785_com_300200813718.html acessado em 03/04/13. Buydens faz uso da expressão francesa *illégitimité*. (BUYDENS, Mireille. *La propriété intellectuelle – Evolution historique et philosophique*. Editions Bruylant. Bruxelles, 2012. p. 325).

⁷ O conceito de originalidade é muitas vezes confundido com o de criatividade, visto que esta última expressão corresponde à expressão não técnica muitas vezes utilizada para indicar o grau de diferenciação com obras, estilos, manifestações, formas de expressão, anteriores a uma que passa a integrar, posteriormente, o ambiente cultural. A originalidade nem sempre é utilizada como expressão doutrinária para nomear o grau de diferenciação entre obras. Oliveira Ascensão, por exemplo, prefere utilizar a expressão novidade, caracterizando-a como novidade sub-

para que seja aplicada a capa do direito de autor, o processo criativo será também delimitado por determinadas “fronteiras”.⁸ O sujeito-criador é o detentor da possibilidade de criação humana que deve atender às demais condições de possibilidade, as quais retornarei à sua análise em seu devido momento.

5. Retornando ao universo da hermenêutica, a sua compreensão dá a noção de como a linguagem é algo complexo. Não se pode, pela linguagem, acreditar que ela represente sempre o que pretendemos que ela signifique.⁹ Isto quer dizer, em outras palavras, que, como classicamente se indica, *não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*, como também não se pode dizer qualquer coisa sob qualquer forma. Complementando, e já observando o entrecruzamento de temas a que se refere este estudo, não se pode acreditar que tudo o que se diz ou produz intelectualmente pode ser considerado um processo criativo protegível pelo direito de autor.

A linguagem não é escrava do desejo. Como consequência, a hermenêutica se resente quando o intérprete acredita que tem a linguagem a seu inteiro dispor.

Desta forma, não se pode acreditar, a esta altura, que o nosso modo de dizer as coisas e criar as coisas (e desenvolver as ideias) é livre de percepções externas.

A linguagem, portanto, também não é formada somente pelo que se quer dizer, mas pelo que se consegue dizer. Em algumas atividades, a liberdade de se modificar e fazer uso da linguagem permite passeios de maior profundidade e reflexões de maior jaez. É o caso do discurso artístico e do processo artístico-cultural que também é, obviamente, intelectual.

Por outro lado, no âmbito do processo criativo, desde já deve ser afastada a possibilidade de incluir neste ambiente as decisões judiciais exatamente por esta concepção, qual seja: decisões não são parte de um processo criativo¹⁰ como visto e interpretado

jectiva: “ (...) a tarefa da criação, sempre pessoal, implica que o contributo do espírito fique na obra criada. Nisto consiste a originalidade. Tarefas mecânicas, servis ou banais de conjugação de elementos não representam criação e neste sentido não apresenta originalidade.” (José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil- Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1ª edição, Fevereiro de 2012 – Reimpressão, p. 99).

⁸ Que a obra seja do universo das artes, da cultura e das ciências; que não se considere o mérito como elemento primordial para a aplicabilidade, etc.

⁹ Como bem entende Marina: *O uso indiscriminado de um termo não seria grave se as palavras não fossem um instrumento para analisar a realidade. Uma palavra perdida é, talvez, um acesso à realidade perdido.* (José Antonio Marina. *Teoría de la inteligencia creadora*. Anagrama. Barcelona. 8ª edição, 2011. p. 15).

¹⁰ Em outro estudo analisarei mais profundamente o conceito de criatividade a ponto de indicar se é possível e/ou razoável pretender-se atribuir o conceito de criatividade ao julgador. Por ora, posso indicar que, se há uma eventual interpretação positiva no sentido de atribuir a criativi-

pelo direito de autor. Faltam-lhe, no mínimo, **amplitude de liberdade criativa**. Neste particular, o juiz não é um livre criador. No mais, ainda que haja a “liberdade de dizer” no sentido puro de uma liberdade de expressão, uma decisão judicial não somente “diz o direito”, mas o constrói. O mesmo não ocorre com o processo artístico-criativo, necessariamente muito mais livre. O ambiente hermenêutico e de possibilidade criativa, é, portanto, distinto.

Exatamente a construção das decisões judiciais é o que não está tão plena de liberdade como o processo artístico-cultural está. Portanto, a linguagem do juiz (e o resultado próprio do uso de sua linguagem, neste caso, a decisão) como intérprete do mundo, não pode se apresentar como no processo artístico-cultural com o mesmo grau de liberdade criativa (além das outras questões inerentes às condições de possibilidade).

6. Com estas ideias, antecipo o olhar que pretendo atribuir às discussões ora implementadas. A teoria da decisão necessita de elementos para que os desvios semânticos, estruturais, ideológicos e, especialmente compreensivos do Poder Judiciário sejam entendidos e para que novos rumos possam ser tomados, principalmente para uma teoria da decisão no Brasil que em linhas gerais ainda confunde a hermenêutica romântica com a hermenêutica contemporânea, separando as três *subtilitate*.¹¹ Isto tem sido promovido por meio da doutrina que compreende a invasão da filosofia pela linguagem, a denominada viragem linguística, representada primordialmente pelas obras *Ser e Tempo* (Martin Heidegger, publicada em 1927) e *Verdade e Método* (Hans Georg Gadamer, publicada em 1960). No Brasil, estas análises permeiam os estudos de Lenio Luiz Streck desde os idos da década de 1990, pela CHD. O que pretendo, insisto, é colaborar com análises sobre as condições de possibilidade para a aplicabilidade do direito de autor e a sua compreensão sob o olhar da teoria da decisão.

Neste sentido, coloca-se um tema de grande relevo. Dentre muitos argumentos observáveis nas justificativas para as discricionariedades praticadas no Judiciário, encontra-se a justificativa de que o juiz é um livre pensador e que deve decidir de acordo com seu entendimento sobre o que vê no mundo, apelando à sua consciência, como se esta fosse o baluarte da verdade, da razão e da justiça.

dade no processo de construção judicial, não há dúvidas quanto ao fato de que esta criatividade em muito pouco se assemelharia à criatividade livre do domínio das artes, da cultura e das ciências.

¹¹ [...] *A interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão*”. GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 9ª edição, 3ª edição. Vozes. Petrópolis, 2008. p. 459.

Neste entorno, tenho por evidente que um elemento deve ser compreendido para ajudar a desconstruir o argumentário do processo criativo que seria originário da criatividade onisciente ou o simples resultado da consciência do julgador. Ou seja, do ponto de vista do direito de autor, alguns elementos devem ser analisados para que se possa compreender que as condições de possibilidade exigidas para a aplicabilidade do direito de autor como categoria jurídica não poderiam estar presentes num processo de construção decisional.

O que antecipo, pois, é que o processo interpretativo-intelectual-criativo não é o mesmo que o processo interpretativo-intelectual-decisório.¹²

Por outro lado, parece-me evidentemente prudente e necessário implicar a construção da presente tese com os elementos que podem ser caracterizados como condições de possibilidade para a aplicabilidade do direito de autor, quais sejam: a criatividade, a originalidade e a exteriorização. Compreendidas as referidas condições de possibilidade, indicarei qual(is) elemento(s) referente(s) a ela(s) que podem ser encontrados no ambiente criativo-artístico-autoral e o qual(is) dentre estes pode(m) ser encontrados no ambiente decisional ainda que já tenha antecipado minha negativa em sua aplicabilidade na totalidade.

7. Como qualquer categoria jurídica, para que o direito de autor possa ser atribuído, algumas condições devem ser aplicadas. Em sentido amplo, deve-se compreender que o direito de autor protege o sujeito-criador¹³ e o resultado do processo criativo no entorno de alguma complexidade.

O processo criativo, portanto, deve ser de natureza intelectual, oriundo de uma mente criativa humana e deve corresponder ao universo das artes, da cultura (em sentido relativamente restrito) e das ciências. Isto significa dizer que processos criativos intelectuais que sejam de outra natureza, como por exemplo, os voltados à indústria

¹² Nomeio de processo interpretativo, tanto para as criações artístico-culturais o que considero a interpretação e o olhar sobre o mundo. O ver-o-mundo do intérprete no sentido do hermeneuta e não o intérprete no universo do direito de autor como aquele sujeito que traz um aporte criativo à obra pré-existente, como é o caso dos cantores ou atores de teatro, entre muitos outros. Por outro lado, a expressão intelectual refere-se a ambas as atividades, seja artístico-cultural quanto à decisional, pois ambas decorrem de um processo de construção eminentemente intelectual.

¹³ A simples utilização autor não é suficiente para se fazer compreender esta ideia. No mais, a expressão autor, na técnica muitas vezes confusa do direito de autor (por vezes ideologicamente e, reitero, propositadamente confusa) pode induzir à uma compreensão do autor como titular de direito, o que poderá confundir este sujeito com titulares que não são pessoas físicas (para utilizar uma expressão tipicamente jurídica). No mais, como pretendo fazer uma revisão do autor setecentista, formalmente observado, pela ótica do direito de autor, desde as primeiras leis formais do século XVIII, preferi fazer uso da expressão sujeito-criador.

e ao comércio, não terão um escopo protetivo inerente ao direito de autor, como é o caso das marcas e invenções.¹⁴

Assim, o primeiro passo já está dado. O universo de proteção do direito de autor é o universo de natureza intelectual, criativa, mas exclusivamente do ambiente artístico-cultural e não industrial ou comercial.

Ora, trata-se, pois de um processo criativo (e não uma descoberta) o que significa uma capacidade de trazer algo novo¹⁵ (ainda que não absolutamente inédito) por sua capacidade (irrepetível, do ponto de vista da hermenêutica) de perceber o mundo à sua volta. O sujeito-criador tem plena capacidade criativa (sem aqui se discutir razões estéticas nem qualquer análise de mérito qualitativo) de inovar de alguma forma. O processo criativo (que interessa ao direito de autor), portanto, é um processo que se dá no ambiente artístico-cultural por meio de uma atividade intelectual.

Tem-se aqui o entorno (artístico-cultural) e o atendimento à primeira condição de possibilidade: a criatividade.¹⁶

E o que mais se pode exigir deste processo criativo? Que seja um processo com relativa originalidade. Original, no sentido técnico autoral e em muito apertada síntese, significa um grau de distinção com obras anteriormente criadas que não sejam suficientes para que se as confundam entre si. O grau de originalidade não é evidentemente um grau absoluto de distinção entre obras anteriormente concebidas pela evidente impossibilidade em se atribuir uma originalidade a algo criado que nunca tenha sido pensado ou exteriorizado na história da humanidade. A originalidade absoluta seria uma pretensão e arrogância da própria categoria jurídica. De toda forma, a originalidade é uma exigência para a aplicabilidade do direito de autor (uma condição de possibilidade) ao mesmo tempo em que acaba por se constituir como uma das grandes dificuldades na implementação desta categoria jurídica, exatamente pela potencialidade de criação original presente em cada ser humano, em cada

¹⁴ Que fazem parte do escopo protetivo da propriedade industrial, que vem a proteger e atribuir exclusividades às marcas, às invenções por meio de aplicações de cartas de patente ou de modelos de utilidade, etc.

¹⁵ Ainda que pretensamente novo, por não ser o sujeito-criador tão capaz de inovar criativamente criando algo como se surgido do nada, de uma tábula rasa (uma criação *ex nihilo* não é concebível em direito de autor).

¹⁶ Alexandre Libório Dias Pereira irá indicar que *os requisitos de proteção (para que seja aplicado o direito de autor) serão a exteriorização e a originalidade (Direitos de autor e liberdade de informação, Editora Almedina, Coimbra: 2008, p. 384.)*. Entendo que a compreensão do autor se refere à aplicabilidade de tais requisitos ao processo criativo, mola propulsora inicial do processo de proteção pelo direito de autor. Incluo porém, a criatividade como elemento chave, primordial, neste processo, indicando-lhe, inclusive a posição de condição de possibilidade primeira para a aplicabilidade do direito de autor.

potencial sujeito-criador, como consequência de diferentes visões de mundo que podem conduzir a um mesmo resultado estético.

Assim, não sendo passível de confusão com um resultado de processo intelectual-criativo-artístico anterior (na essência, uma obra), aplica-se o direito de autor, caso sejam atendidas as demais condições de possibilidade.

A originalidade, portanto, é a segunda condição de possibilidade para a aplicabilidade do direito de autor como categoria jurídica. A dificuldade inerente à sua complexa dificuldade em ser apontada como algo oriundo da mente criativa decorre exatamente da possibilidade de se manifestar em várias mentes criativas. Fundamental, portanto, que seja objeto de um processo que a exteriorize da mente criativa.¹⁷

Pois, e como consequência, a terceira e fundamental condição de possibilidade é a exteriorização, que, ao fim e ao cabo, é a consequência do processo criativo ter se expandido da mente criativa do autor para o mundo exterior, perceptível pelos sentidos pelas demais pessoas que não tenham participado deste mesmo processo criativo-intelectual do universo das artes, da cultura e das ciências.

Em linhas gerais, portanto, o direito de autor exige como pressupostos, que prefiro sempre nomear por condições de possibilidade para a sua aplicabilidade, três elementos: a criatividade, a originalidade e a exteriorização.

Além destas condições de possibilidade, o processo criativo de uma obra protegida por direito de autor precisa estar inserido no ambiente das artes, da cultura e das ciências. Como já antecipei, processos criativos do universo da indústria e do comércio não fazem parte do escopo protetivo do direito de autor.

Há porém, outros elementos excludentes de outras exigências e que são fundamentais para o estabelecimento das fronteiras protetivas pelo direito de autor.

O primeiro deles é a impossibilidade de proteção das ideias como resultado de um processo criativo. Isto se dá por um evidente fato. O direito de autor se baseia, nos primórdios de sua concepção, na exclusividade como característica básica protetiva. Neste sentido, pode-se proteger formas criativas que sejam decorrentes de atos cria-

¹⁷ Como condições de possibilidade para a aplicação do direito de autor, a criatividade e a originalidade exigem uma certa dose de amalgamento entre seus conceitos, o que faz com que algumas atividades intelectuais, ainda que criativas, não sejam originais (no sentido mais profundo do direito de autor) e, ainda que sejam, não lhes é permitida esta originalidade por sua função como processo criativo. É o caso das decisões e, em parte do processo científico que conduz, entre outras categorias, ao estudo do Direito.

tivos, mas não se pode proteger a simples criação ou surgimento de ideias. Isto porque a proteção de ideias seria o própria enclausuramento da potencialidade criativa por terceiros sujeitos-criadores que não o já protegido e amparado pelo direito de autor.¹⁸

Além da exclusão protetiva das ideias, o mérito (como qualidade do resultado estético) não é condição de possibilidade para a proteção pelo direito de autor. Para esta categoria jurídica é irrelevante qual a natureza qualitativa da obra protegida. Por isso artistas de diferentes categorias, qualidades, estilos e capacidades criativas são protegidos em iguais condições.

Outro elemento que auxilia o estabelecimento fronteiriço das condições de possibilidade é o registro das obras. Melhor dito: a inexigibilidade do registro como condição de possibilidade protetiva. No sistema romano-germânico (ao qual se filiam os países de tradição de *droit d'auteur*) o registro não é, como regra, exigido como condição de possibilidade para a aplicabilidade da categoria jurídica, não se podendo dizer o mesmo para os países que se filiam ao *copyright*.

Além de todo o ambiente e das condições de possibilidade e os elementos fronteiriços da aplicabilidade do direito de autor, é importante salientar que todo o escopo protetivo inclui a possibilidade de proteção de processos criativos que podem ser de natureza artística, mas também podem ser de natureza intelectual não considerada artística, como seriam, por exemplo, textos acadêmicos. Não se trata, portanto de proteger somente artistas num sentido restrito de quem faz arte, mas de autores, de sujeitos-criadores num espectro mais amplo. Neste mesmo sentido se protege obras científicas, visto que, à luz do direito de autor, a produção científica é protegida no que se refere à sua forma de expressão e não no que se refere às ideias ali descritas (não obstante o fato de que a citação da fonte originária, ser, no mínimo, uma valorização ética).

¹⁸ Não se pode atribuir um direito que contemple exclusividade às meras ideias e sim à forma que se dará a elas. E aqui, deve ser compreendida forma como não uma “espécie de forma”, mas no sentido de expressão específica e determinada, individualizável. Exatamente por isso, não se pode impedir a manifestação do sentimento artístico de um criador porque deste modo se estaria enclausurando a linguagem e, portanto, desconstituindo filosoficamente o conceito da criação de um ser (potencialmente) criativo. Ou seja, por este motivo, uma hermenêutica da criação artística vista sob a perspectiva do círculo hermenêutico como espaço-momento de criação não permitiria nunca a proteção das ideias por meio de exclusividade que lhe fosse atribuída porque desconstituiria a compreensão do próprio círculo criativo. **O enclausuramento das ideias dissolveria a noção de possibilidade de criação existente no círculo criativo.**

8. Desta forma, em suma, já se pode perceber que o processo intelectual no ambiente do Direito irá, sempre, estar relacionado a um processo de criação, o que significa dizer que o jurista, ao escrever, produz intelectualmente e, como ponto de partida, pode-se compreender e interpretar que será protegido (potencialmente) como sujeito-criador de direito de autor.

Por produzir intelectualmente, no âmbito das ciências ou pelo sentido intelectual de suas escritas, o jurista recebe a potencialidade do direito de autor, desde que atendidas as condições de possibilidade (criatividade, originalidade e a exteriorização) e desde que ambientado pelas “condições fronteiriças” anteriormente indicadas.

Fundamental compreender se há diferenças entre os processos criativos praticados pelos juristas para compreender a aplicabilidade do direito de autor.

9. Não há dúvida de que o processo de produção textual no ambiente do Direito possui fortes elementos de criatividade. Trata-se, neste sentido, de criatividade no sentido primordial do direito de autor, qual seja, de que a criatividade significa que algo é oriundo de uma criação humana. Por outro lado, atende-se também à condição de possibilidade da originalidade, ainda que muitas vezes não se observe grandes distinções entre textos produzidos no Brasil, seja no que se refere à produção acadêmica e doutrinária (o que é lamentável, considerando-se a produção científica) seja no que se refere a grandes inovações e processos de construção judicial e textos produzidos no âmbito do Poder Judiciário (petições, pareceres, etc.) ou mesmo não contencioso.

O que de fato se observa é um enorme déficit criativo na produção jurídica brasileira, em todos os setores e, em parte, em decorrência do que vem sendo indicado sobre o que é o “dizer o direito”. Ainda se baseia o conhecimento jurídico no Brasil no que “dizem os tribunais”. Como se o que fosse escrito e pensado nos tribunais devesse ser “o verdadeiro direito” uma espécie de fundamentação do direito verdadeiro decorrente das construções decisórias. Num sentido bastante amplo e genérico, o que se vislumbra é exatamente o contrário, a grande produção intelectual do Direito deveria ser observada e construída na e pela doutrina.¹⁹

¹⁹ Em recente e importantíssimo artigo, Streck indica a urgência na percepção desta necessária inversão de valores, visto que ainda se crê, muito fortemente no Brasil, numa superioridade intelectual, ideológica e criativa no fazer o direito pelas mãos dos juizes, o que é, no mínimo, um obstáculo e, ainda mais além, pernicioso à construção do Direito. Entre outros elementos, indica Streck: “O ponto de estofo é: ter presente que o direito é um fenômeno sofisticado; ele precisa de teoria; ele não vive sem doutrina! O direito é alográfico, porque precisa de teoria para explicá-lo. Caso contrário, qualquer pessoa poderia manuseá-lo (embora hoje isso já esteja ocorrendo, com o nível do nosso ensino jurídico).” *Juízes devem fazer ou usar a doutrina somente na hora do lazer?* Coluna Senso Incomum, publicado em 01 de janeiro de 2015,

Ocorre porém, que há uma questão importante a ser indicada, que é exatamente o fato de que a construção da doutrina, do ponto de vista do direito de autor, ampara-se nos moldes desta categoria jurídica, visto que é produção científica. Neste sentido, a doutrina possui as prerrogativas protetivas do direito de autor pelo fato de estarem sendo atendidas as condições de possibilidade.

A produção intelectual jurídica extra-doutrinária deve ser observada com mais detalhe, e é o que inicio com este breve estudo.

O que pretendo analisar não se refere, portanto, às atividades puramente acadêmicas inerentes às práticas da doutrina, considerando o evidente fato de que os doutrinadores estão inseridos na condição de sujeitos-criadores por produzirem ciência e atividades intelectuais de origem criativa. Não há qualquer dúvida que mereça reflexões críticas neste particular.

No tocante às atividades do universo do Direito de natureza não acadêmica trata-se de outro viés. Não pretendo discutir a condição de que tais atividades são ciência ou não (para lhes incluir forçosamente numa condição protetiva autoral por tal artificialismo que não permitiria amplas discussões) mas é necessário indicar se há a obediência às condições de possibilidade do direito de autor, especialmente, no processo de construção decisional, que é o que ora interessa.

Trato aqui de indicar o elemento de produção textual, portanto, excluindo a discussão sobre a proteção do direito de autor também sobre manifestações orais, evidentemente aplicável, pelo fato de que o objetivo primordial é analisar o processo criativo e a potencialidade protetiva do direito de autor nas sentenças e atos judiciais, portanto, fundamentada no texto escrito.²⁰

As conclusões do estudo se dão, praticamente, portanto, na análise das condições de possibilidade já indicadas no decorrer do texto.

acessada em 07/01/2015 em <http://www.conjur.com.br/2015-jan-01/senso-incomum-juizes-usar-doutrina-somente-hora-lazer>

²⁰ Isto porque o direito de autor também protege as manifestações criativas orais, pois qualquer expressão é protegida como se percebe nas leis brasileira e portuguesa. Brasil: Lei 9610/98 (LDA): “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como (...)”. Portugal: Lei 63/85 (CDADC) “Artigo 1.º Definição: 1 - Consideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo-se nessa proteção os direitos dos respectivos autores.”

10. Indiquei que as condições de possibilidade para a aplicação do direito de autor são três: a criatividade, a originalidade e a exteriorização.

Além disso, um processo intelectual criativo, para que seja protegido por direito de autor, deveria ser ambientado no domínio das artes, da cultura e das ciências.

Portanto, desde já, devo adiantar que não se considerando a construção de uma decisão um processo artístico nem mesmo científico, já se afastaria a aplicabilidade do direito de autor. Além disso, a própria legislação afasta esta aplicabilidade.²¹

Ocorre que a discussão não é somente a inaplicabilidade do direito de autor pelas condições excludentes da legislação. O que pretendo é indicar se a análise das condições de possibilidade para a aplicabilidade do direito de autor configuram-se como uma justificativa que indique a necessidade de que o julgador, construtor da decisão, compreenda que não está livre para decidir como bem entende, também pela negação da presença de tais elementos constitutivos do direito de autor.

Ora, se criatividade, originalidade e exteriorização estão presentes como condições de possibilidade do direito de autor no processo criativo intelectual, o que deve ser compreendido pelo julgador é que ele não ocupa este mesma posição, mas não pelo simples fato de que as legislações lhe excluam como sujeito-criador, mas pelo fato de que do ponto de vista filosófico o juiz não ocupa o mesmo *locus* do livre pensador.

Em primeiro lugar analiso o processo de criação. A criatividade indica a presença do sujeito-criador. Quando se analisa o sujeito-criador se está buscando compreender que se trata de um sujeito-criador livre na concepção de liberdade criativa. Ora, o juiz, construtor da decisão judicial, não possui, no *locus* ocupado como ser criativo, as mesmas liberdades que um sujeito que atua no processo intelectual criativo do domínio das artes, da cultura e das ciências. O juiz, (se eventualmente puder ser considerado um ser criativo na essência do direito de autor), representa o Estado e tem como necessidade estabelecer um contributo criativo limitado à função essencial ao Estado que lhe cabe. Portanto, o processo criativo do julgador (no mínimo) não é o mesmo processo de criação do sujeito-criador do direito de autor, não obstante a intelectualidade estar presente em ambos os casos. Ocorre que não há limitações no

²¹ Comparando-se as leis brasileira e portuguesa, a do Brasil parece atribuir com mais precisão uma excludente de proteção do direito de autor a decisões judiciais, não obstante o fato de que esta interpretação também possa ser feita no tocante ao diploma nacional português. Brasil: Lei 9610/98 (LDA), Art. 8º: Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: (...) IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; (...). Portugal: Lei 63/85 (CDADC) *Artigo 7.-* Exclusão de proteção. 1- Não constituem objecto de protecção: b) Os requerimentos, alegações, queixas e outros textos apresentados por escrito ou oralmente perante autoridades ou serviços públicos; (...)."

caso do processo criativo do sujeito-criador e no caso do julgador, a limitação decorre da sua própria representatividade do Estado, **o que faz com que, no âmbito da construção judicial ele não seja um sujeito criador isolado em suas concepções.** Está, em sentido oposto, submetido à necessidade de se buscar uma melhor condição e busca da verdade possível, com o maior distanciamento possível do processo criativo autônomo e individual. O juiz, portanto, não se configura, em sua essência, como sujeito criador, já desde o momento da análise da criatividade como condição de possibilidade para a aplicabilidade do direito de autor.

Em segundo lugar, e de modo bastante evidenciado, a originalidade (contributo subjetivo mas de alto grau de objetividade, visto que a originalidade se refere num efeito comparativo com o que foi anteriormente criado) é um elemento chave na análise da aplicabilidade do direito de autor e, mais do que isso, um elemento diferenciador de uma qualidade estética (ainda, insisto, que o mérito não seja uma condição de possibilidade protetiva). Se no processo criativo inerente ao sujeito-criador a originalidade aponta uma valorização deste mesmo sujeito (um sujeito que se qualifica como bastante criativo qual denominamos bastante criativo – fora do escopo do direito de autor – seria o sujeito-criador que alcança maior originalidade no seu processo de criação) no caso da construção judicial a valorização se dá em direção absolutamente oposta.

Ora, num processo de construção decisional o que se espera é exatamente que o julgador esteja atento ao entendimento prévio das estruturas jurídicas e de todo o ordenamento para que seja, em alguma medida, o menos original possível, ao menos no que se refere ao processo criativo, pois decisão judicial não pode ser um terreno de liberdade criativa. Quanto menos original uma decisão judicial, ao menos em tese, mas atenta e fiel aos pressupostos anteriormente estabelecidos ela será. Quando aqui trato de indicar a originalidade, refiro-me, por óbvio, à originalidade no sentido do direito de autor, mas que, afinal, em muito, vai estar conectada com o conceito de pré-compreensão e com o entendimento de que o julgador não pode promover uma criação *ex nihilo*. Em primeiro lugar porque nenhuma criação intelectual, em sua essência, seria assim caracterizada. Por outro lado, há elementos prévios e que são fundamentais no processo interpretativo do ato de julgar, diferentemente do processo artístico do universo das artes, cultura e ciências. No processo de construção decisional, como bem apontou Streck:²²

²² Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito. Ensaio sobre a cegueira positivista*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. p. 61. Janeiro/ Junho de 2008. Belo Horizonte, 2008, acessado no endereço <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/097033070.pdf> em 08/01/2014.

Toda a interpretação começa com um texto, até porque, e aqui reitero os dizeres de Gadamer, “se queres dizer algo sobre um texto, deixa primeiro que o texto te diga algo”. O sentido exsurgerà de acordo com as possibilidades (horizonte de sentido) do intérprete em dizê-lo, d’onde pré-juízos falsos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

O critério da originalidade, neste sentido, decorre do fato de que a interpretação, a visão de mundo e os elementos que compõem o processo criativo necessitam estar bem delineados no ordenamento jurídico, com as decisões anteriores com a doutrina e com todo o ambiente inerente a construção judicial não permitindo, desta forma, processos de originalidade oriunda basicamente do sujeito-criador como tal (como livre criador).²³

Dito de outra forma, **não obstante o fato de que muitas decisões judiciais possam ser inovadoras (por antecipatórias de tendências judiciais) e por serem o resultado de uma interpretação construtiva do direito, o julgador não pode ter em si a condição de livre criador como ocorre com o sujeito-criador que, em tese, procura na originalidade o pressuposto básico para a sua condição de sujeito-criador por excelência.** Um aspecto é compreender a necessidade de, diante de dificuldades para a construção de determinadas decisões judiciais, o julgador lograr alcançar saídas para dificuldades decorrentes das demandas apresentadas pelos jurisdicionado, outra é a concepção criativa decorrente de uma mente solipsista que acredita que quanto mais original uma decisão melhor era seria. Em termos muito genéricos e estabelecidos como um ponto de partida, quanto mais original uma decisão (no sentido da originalidade proposta pelo direito de autor) mais fora de escopo ela estará do enquadramento no ordenamento jurídico.

No tocante ao último elemento a ser analisado dentre as condições de possibilidade do direito de autor não há qualquer distinção entre o processo de exteriorização de uma obra ou produção intelectual por um sujeito criador e um julgador, sendo evidente que a simples exteriorização de sua mente criativa se dará, seja a obra protegida por direito de autor, seja pela construção formal de decisão judicial, posteriormente formalizada por meio dos órgãos de publicação. A exteriorização não traz grandes dificuldades considerando que se trata simplesmente de um ato que inicialmente, comprova a possibilidade de percepção do processo criativo oriundo de uma

²³ Como bem entende Gadamer, “[...] a interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, **compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão.** [...]” (GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 9ª edição, 3ª edição. Vozes. Petrópolis, 2008. p. 459.) Esta interpretação compreende o processo de análise do mundo, uma visão de mundo do intérprete e, neste caso, a semelhança entre o processo criativo-intelectual de natureza artística e o referente à construção decisional.

mente criativa por parte de terceiros, seja de um sujeito-criador no âmbito da proteção do direito de autor, seja de um julgador no âmbito de uma construção decisional.

Conclusões

O objetivo do texto foi indicar quais são os elementos considerados condições de possibilidade para a aplicação do direito de autor e porque estes não estão presentes no universo das decisões judiciais, não obstante o fato de que estas possam ser consideradas processos intelectuais.

Obviamente que o tema não se esgota com este breve estudo e, pelo contrário, abre a necessidade de ser avaliado pelo menos sobre outro viés, qual seja, a necessidade em se apontar a relação entre construções judiciais, processo criativo, atividades intelectuais e atos cognitivos. Desta forma, toda esta gama de circunstâncias inerentes à inteligência humana deve ser compreendida para que se possa apontar com precisão as diferenças entre os atos inerentes ao processo criativo do domínio das artes, da cultura e das ciências e o processo de construção judicial.

Por outro lado, com este estudo já se caminha bastante em tal direção, visto que se evidencia que trato pois, simplesmente de alegar a inadequação ou inaplicabilidade do direito de autor às decisões judiciais, fato evidenciado na legislação,²⁴ mas sim de derrubar os argumentos do senso comum teórico de que eventuais julgadores que se compreendam num mesmo *locus* criativo que os sujeitos-criativos, pelo fato, especialmente, de que:

- 1 - seu processo de criação intelectual não faz parte do domínio das artes, da cultura e das ciências (isto se for possível falar em criação no sentido autoral);
- 2 - a criatividade que lhes cabe não é a mesma do sujeito-criador e, por fim;
- 3 - a originalidade deve ser muito menos valorizada (para dizer o mínimo) no âmbito das decisões judiciais do que no processo criativo artístico cultural.

E como correntemente se observa, decidir de acordo “com seus princípios”, “com seu entendimento” ou “com sua consciência” não é decidir de acordo com a tradição autêntica,²⁵ mas é fortalecer o entorno das decisões brasileiras de “fronteiras hermenêuticas artificiais” e “juízos inautênticos”, vazios do ponto de vista filosófico e da

²⁴ O já citado Art. 8º da LDA e Art. 7º do CDADC.

²⁵ Sobre o conceito de tradição e como este é mal compreendido pelo Poder Judiciário no Brasil, ver o meu *Juiz não pode quebrar a tradição em seu voto*. Acedido em 30 de maio de 2015 no endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-20/victor-drummond-juiz-nao-quebrar-tradicao-voto>

autoridade que se espera do julgador, aquela mesma, que deveria se apresentar pelo conhecimento, e não pela obediência e pela submissão. Estas críticas, tão salientadas na obra do filósofo do Direito Streck e que fazem parte da doutrina da CHD são plenamente aplicáveis ao processo decisório judicial, o mesmo não ocorrendo com o processo criativo inerente ao círculo criativo.

Este, inclusive, é o grande equívoco dos juízes (principalmente no Brasil) e em outros países que ainda não compreenderam a hermenêutica contemporânea como solução para a aplicabilidade de uma nova teoria da decisão.

Por outro lado, **se não pode um juiz decidir de acordo com a sua consciência, pode, um artista, compositor, artista plástico, criar de acordo com juízos autênticos ou não, pouco importando, efetivamente, a origem e a natureza de tais pré-juízos (contando que a originalidade esteja presente)**. Neste sentido, há muito mais liberdade, como é de se imaginar, ao artista, compositor, ou participante do universo da criação artística. Ou seja, a compreensão do círculo criativo como uma modalidade – por assim dizer – de círculo hermenêutico voltada ao processo criativo – ajuda, em muito, a compreender porque os julgadores não podem *criar* decisões.

O que ocorre, de fato, é que muitos julgadores brasileiros se auto-atribuem a condição de participantes de um processo criativo ao decidir em demandas que lhes foram atribuídas a responsabilidade da decisão. Devem compreender, porém, que **as soluções jurídicas de aplicação e de justiça distributiva não possuem nenhuma relação com a necessidade de se encontrar soluções artísticas**. Não é o mesmo decidir em um processo judicial de qualquer natureza por requerimento das partes e escrever uma composição encomendada por um terceiro. Juízes não são como Mozart à espera de inspirações para escrever uma *Flauta Mágica* ou um *Réquiem* que lhes tenham sido encomendados.

Se bem é verdade que as razões que justificam dispositivos legais de tal natureza possivelmente decorrem da compreensão de que o juiz é órgão do Poder Judiciário e não decorrem de discussões filosóficas, entendo, porém, que o processo de decisão judicial deve possuir um valor mínimo de originalidade (quase nulo, até imperceptível, somente na forma e não no conteúdo, isso se fosse totalmente possível separar tais condições), representando uma espécie de grau zero de conteúdo criativo original (insisto, do ponto de vista do direito de autor). Dito de outra forma, e em alguma medida, quanto menos pré-juízos inautênticos contiver uma decisão judicial e, neste sentido, quanto menos original em decorrência de tais pré-juízos, mais de acordo com a tradição autêntica ela estará, seja porque repete fundamentos anteriores, seja porque atribui valores que já estejam presentes socialmente, constituindo-se, pois, numa interpretação em conformidade com os valores já presentes e hermenêuticamente corretos.

Para todos os efeitos, o juiz de direito não é um sujeito-criador como pretende. Ao menos não enquanto atuar na qualidade de juiz. Poderá ser sujeito-criador desde que não esteja envolvido no processo decisório, como doutrinador, mas nunca como órgão do Poder Judiciário. Mas, neste caso, este mesmo sujeito não atuará como órgão decisor. Isto porque, evidentemente, não há que se confundir o processo criativo da arte e a resultante exigida pela perseguição da arte (se efetivamente existir, o que é uma questão profunda) **com o processo criativo exigido pela ciência que é a solução do que o mundo nos traz como problemático**. A ciência busca soluções, a arte apresenta condições de ser-no-mundo, sem compromissos de solução de ordem pragmática. **(Quase) Nada é exigido da arte, enquanto (quase) tudo é exigido na ciência.**

O direito de autor, por sua vez, não vai fazer distinção na aplicabilidade de seus princípios e pressupostos a um texto de cunho científico ou de cunho artístico. Desta forma, um escritor de livros de Direito terá a mesma proteção que um escritor de romances. O problema que se coloca apresenta inclusive outro matiz, particularmente quando se compara uma decisão judicial (e uma doutrina jurídica) a uma forma artística. **Não se espera nada (pragmaticamente) da arte (paradoxalmente, pois se espera uma visão de mundo e solução para as angústias, o que é muitíssimo)**, mas se espera uma solução de conflito na decisão judicial, com a aplicação da Justiça. Enquanto a arte é livre, a aplicação da Justiça deve estar submetida à lei e ao ordenamento jurídico de forma hermeneuticamente correta, sob pena de configurar-se de modo equivocado. Já no processo criativo, o artista, sujeito-criador, não possui compromisso com a ciência, nem com terceiros por razão de cumprimento de exigência científica.

Por outro lado, também a ciência possui um ambiente de liberdade criativa bastante amplo, se comparado com as possibilidades dos julgadores que deverão submeter-se a um terreno bem menos fértil e bem menos suscetível de liberdade criativa.

Não importa o quanto se ache genial um julgador, a eventual genialidade relacionada a um grau de originalidade é perniciosa ao direito e à sociedade. O bom julgador é o que (na essência) não cria, especialmente se o espaço alegado de eventual criação não ultrapassar os limites do que lhe permite o direito na contemporaneidade. O que menos importa são a sua capacidade de trazer algo inovador e sua apreciação sobre sua capacidade como intérprete do mundo. Se pretende ser reconhecido pelo contributo inovador, que escreva, crie como sujeito-criador. Como juiz, não lhe cabe este direito.

Referências bibliográficas

- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil- Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1ª edição, Fevereiro de 2012 – Reimpressão.
- BRASIL, Lei 9610/98 (LDA).
- BUYDENS, Mireille. *La propriété intellectuelle – Evolution historique et philosophique*. Editions Bruylant. Bruxelles, 2012.
- DRUMMOND, Victor Gameiro, *Juiz não pode quebrar a tradição em seu voto*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico (Conjur) São Paulo, 2015, Acedido em 30 de maio de 2015 no endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-20/victor-drummond-juiz-nao-quebrar-tradicao-voto>.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 9ª edição, 3ª edição. Vozes. Petrópolis, 2008.
- KANT, Immanuel. *On the Injustice of Reprinting Books* (original em alemão: *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*) publicado em 1785, disponíveis, tanto o texto original quanto a tradução em inglês no endereço http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_d_1785”, acessado em 14/04/2014.
- KANT, Immanuel. *Sobre a ilegalidade da reimpressão de livros*. Tradução e breves comentários de Karin Grau Kuntz, Revista do IBPI, 4ª edição, disponível em <http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/c1cd349287c9c15afff802bffffef.pdf> acessado em 04/12/13.
- KAWOHL, Friedemann, *Commentary on Kant's essay "On the Injustice of Reprinting Books" (1785)* disponível em http://copy.law.cam.ac.uk/cam/commentary/d_1785/d_1785_com_300200813718.html acessado em 03/04/13.
- MARINA, Jose Antonio, *Teoría de la inteligencia creadora*. Anagrama. Barcelona. 8ª edição, 2011.
- MELLO, Alberto de Sá e, *Contrato de direito de autor – A autonomia contratual na formação do direito de autor*, Editora Almedina, Coimbra, 2008.
- OLIVEIRA Rafael Tomaz de, *Expressão pós-positivismo necessita passar por uma limpeza semântica*, Coluna diário de Classe, site Consultor Jurídico (Conjur) publicado em 09/08/2014 - acessado em 19/01/2015 em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo-necessita-passar-limpeza-semantic>.
- PEREIRA, Alexandre Libório Dias, *Direitos de autor e liberdade de informação*, Editora Almedina, Coimbra: 2008.
- PORTUGAL, Lei 63/85 (CDADC).
- ROHDEN, Luiz, *Hermenêutica Filosófica, Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. Editora Unisinos. São Leopoldo, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz, *O que é isto, decido conforme a minha consciência*, Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito. Ensaio sobre a cegueira positivista*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. p. 61. Janeiro/ Junho de 2008. Belo Horizonte, 2008, acessado no endereço <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep-docs/097033070.pdf> em 08/01/2014.

STRECK, Lenio Luiz, *Juízes devem fazer ou usar a doutrina somente na hora do lazer?* Coluna Senso Incomum, publicado em 01 de janeiro de 2015, acessada em 07/01/2015 em <http://www.conjur.com.br/2015-jan-01/senso-incomum-juizes-usar-doutrina-somente-hora-lazer>