IVANA CÓ GALDINO CRIVELLI

**DIREITO DE AUTOR:
EXCEÇÕES, COM ÊNFASE EM NORMAS TÉCNICAS**

DISSERTAÇÃO - MESTRADO

**ORIENTADORA:
PROFESSORA TITULAR SILMARA JUNY DE ABREU CHINELLATO**

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2012**

IVANA CÓ GALDINO CRIVELLI

**DIREITO DE AUTOR:
EXCEÇÕES, COM ÊNFASE EM NORMAS TÉCNICAS**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato

Versão corrigida em: 12 de dezembro de 2012

**FACULDADE DE DIREITO DA USP
SÃO PAULO
2012**

BANCA EXAMINADORA:

Orientadora:

Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato

Professor Argüidor: _____

Professor Argüidor: _____

Dedico este trabalho ao meu pai, Jorge Galdino, um homem que sonhou, construiu e lutou pela vida até o fim, com coragem, resignação e fé.

Uma vida que se foi e deixou muitas saudades e ensinamentos sólidos, em especial, pelo valor do conhecimento e da amizade.

Aos anjos que foram a mim encaminhados, os quais tornaram possível a realização deste trabalho no momento mais difícil de minha vida.

Aos queridos Danilo e Tainã que não pouparam esforços e nem dedicação para me apoiar, a cada passo, em cada dificuldade, sempre com otimismo e alegria.

E a Luiza, amiga de todas as horas.

AGRADECIMENTOS

Ao meu esposo, amigo e companheiro de todas as horas, Ericson Crivelli, que com amor e compreensão esteve sempre ao meu lado.

A minha orientadora, Professora Silmara Juny de Abreu Chinellato, que me incentiva sempre, a quem me ajudou a ser possível chegar até aqui.

Aos Professores Newton Silveira e Antonio Carlos Morato que muito contribuíram com orientações e críticas no exame de qualificação.

Ao meu amigo Marcello do Nascimento que generosamente me substituiu no exercício da presidência da ASPI.

Ao meu sócio Carlos Eduardo Neves de Carvalho que assumiu todos os meus casos, permitindo que eu me ausentasse para escrever este trabalho em tão curto espaço de tempo.

RESUMO

O trabalho abordará o estudo das criações intelectuais não protegidas pelo Direito de Autor, as diferentes terminologias adotadas pela doutrina, suas peculiaridades, a proposta de uma terminologia mais abrangente e a importância do estudo das fontes do direito para a validação dos pressupostos à proteção, formulados pela doutrina e jurisprudência, com destaque em capítulo próprio para as denominadas normas técnicas.

Palavras-chaves: Direito Autoral, Direitos Autorais, Exceções, Obras não Protegidas, Originalidade, Forma de Expressão, Criatividade, Normas Técnicas

ABSTRACT

This present dissertation will address the study of intellectual creations that are not protected under copyright law, the different terminology adopted by the doctrine, its peculiarities, the proposed terminology and the importance of more comprehensive study of sources of law to validate the protection assumptions, formulated by doctrine and jurisprudence, especially in a separate chapter to the so-called technical standards.

Keywords: Copyright Law, Intellectual Rights, Non-Protected Works, Exceptions, Originality, Technical Standards

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
A. tema a ser desenvolvido e suas limitações	9
B. justificativa da escolha e da importância do tema	9
C. principais questões a serem analisadas	11
D. metodologia a ser utilizada	12
1. DIREITO AUTORAL E SUA NATUREZA JURÍDICA	13
1.1. As divergências da doutrina	13
1.2. Os reflexos do patrimonialismo	18
2. PRESSUPOSTOS DE PROTEÇÃO	21
2.1. Da forma de expressão	21
2.1.2. Fixação em qualquer suporte, tangível (conhecido ou que se invente no futuro)	24
2.2. A estética e o direito industrial	25
2.3. Os pressupostos de proteção e as fontes do direito	27
2.4. Originalidade e Novidade: confronto de conceitos	35
2.5. Obra literária, artística e científica	41
3. CRIAÇÕES NÃO PROTEGIDAS	44
3.1. Limitações, exceções e obras não protegidas: peculiaridades	44
3.2. Criações não protegidas	49
3.3. Artigo 8º: rol taxativo ou exemplificativo	51
3.4. Criações excluídas pela Lei 9.610 de 1998	53
3.4.1. Ideias	53
3.4.2. Ideias publicitárias	54
3.4.3. Idealização	56
3.4.4. Sistemas, Métodos e Esquemas	60
3.4.5. Esquemas	65
3.4.6. Discursos políticos, debates judiciais	70
3.4.7. Nomes e títulos isolados	72
3.4.8. Aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras	73
3.4.8.1. Texto descritivo de patentes	75
3.5. Criações não protegidas identificadas pela doutrina e jurisprudência	75
3.5.1. Petições de advogados	75
3.5.2. Compilações não originais	80
3.5.3. Fatos, notícias	86
3.5.4. Emissões televisionadas de acontecimentos da atualidade	87
3.5.5. Estilo	88

3.5.5.1. Linguagem.....	90
3.5.6. Temas.....	92
3.5.7. Obras Ilegais, Imorais.....	94
3.5.8. Formatos de Programas de Televisão.....	97
4. NORMAS TÉCNICAS.....	100
4.1. Norma técnica. Conceito.....	100
4.1.1. Normalização.....	101
4.1.2. A normalização internacional.....	101
4.2. ABNT e o sistema de normalização: uma digressão histórica.....	102
4.3. A normalização como atividade estratégica do Estado.....	103
4.4. Fórum nacional de normalização.....	105
4.5. Processo de elaboração das normas técnicas brasileiras.....	106
4.6. Da forma de expressão.....	108
4.7. O regime jurídico de normas técnicas.....	110
4.8. Das tentativas de proteção de normas técnicas.....	113
4.9. Normas técnicas e direitos fundamentais.....	116
4.10. Interesse público.....	118
4.11. A repercussão das normas técnicas brasileiras no comércio internacional.....	120
4.12. A normalização cogente no território brasileiro e os reflexos no comércio internacional.....	122
4.13. Da repercussão do ato de delegação nas práticas concorrenciais.....	124
4.14. Sustentabilidade do sistema brasileiro de normalização.....	125
4.15. A indisponibilidade.....	126
4.16. O ato de concentração da atividade de normalização e o risco de captura do agente.....	130
4.17. A política de propriedade intelectual adotada pelas entidades de normalização internacional.....	132
4.18. Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional.....	134
4.19. Normalização: uma perspectiva.....	135
4.20. Os Acordos OMC como fundamento da não proteção de normas técnicas.....	140
4.20.1. Os Acordos (TBT) e (SPS).....	140
4.20.1.1. Barreiras técnicas. Conceito.....	140
4.20.1.2. O comitê sobre barreiras técnicas.....	143
4.20.2. Objetivos legítimos dos acordos (TBT) e (SPC).....	144
4.21. O impacto da propriedade de normas técnicas no comércio internacional.....	146
5. CONCLUSÃO.....	152
REFERÊNCIAS.....	159

INTRODUÇÃO

A. Tema a ser desenvolvido e suas limitações

O tema central do trabalho são as obras não protegidas pelo Direito de Autor de acordo com a Lei 9.610 de 1998, doutrina e jurisprudência, com destaque em capítulo próprio para as denominadas normas técnicas.

O objetivo do trabalho é identificar na doutrina e na jurisprudência as criações não excepcionadas pela Lei, mas que por sua vez, encontram-se, também, excluídas da proteção autoral no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio desta análise serão conhecidos os fundamentos da não proteção, tão pouco debatidos pela doutrina, e por conseguinte, conhecidas as regras adotadas para a melhor interpretação.

A dissertação não abordará os direitos conexos aos de autor e nem programas de computador. Os direitos conexos aos de autor mereceriam um estudo próprio dado as particularidades da matéria, e relevância, assim como, programas de computador, regulado, inclusive, por lei distinta.

B. Justificativa da escolha e da importância do tema

Se no artigo 7º. da Lei 9.610 de 1998, adotou-se um rol exemplificativo de obras protegidas, presunção subtraída da presença da expressão “tais como” em seu caput; já no artigo 8º. pressupõe-se a descrição taxativa das hipóteses não protegidas pela Lei de Direito Autoral. Ambas as técnicas legislativas adotadas não satisfazem, pois deixaram o intérprete sem parâmetros, em face de não haver a identificação dos pressupostos à proteção das obras literárias, artísticas e científicas.

O artigo 7º identifica obras em sua literalidade, como se a cada batismo, naturalmente, tais criações estariam sob a guarida da Lei autoral. E, por outro lado, a despeito da aparente pretensão exaustiva do art. 8º, é possível identificar-se outras criações não contempladas pelo referido dispositivo, mas, excluídas de forma implícita pelos parágrafos do art. 7º., ou seja, pela própria Lei.

Estes dois artigos são os alicerces da Lei autoral brasileira, que deveria trazer de forma expressa os pressupostos da proteção e os fundamentos da não proteção autoral, facilitando a análise do intérprete. As pesquisas doutrinária e jurisprudencial deverão identificar os fundamentos jurídicos da não proteção, os quais servirão como subsídios e critérios para uma interpretação qualificada da Lei 9.610 de 1998, bem como, serão discutidas a validade da doutrina e da jurisprudência para a supressão das citadas lacunas.

Entre as obras não protegidas pelo Direito de Autor, é possível destacar criações de extrema relevância e penetração no ordenamento jurídico. Entre elas, merece estudo mais detalhado as normas técnicas, em função de sua integração no ordenamento jurídico como normas cogentes de natureza secundária.

Durante sete anos tramitou o projeto de lei nascido originalmente sob o número 1984 de 2003 (de autoria do Deputado Ricardo Barros (PP-PR) com aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, seguindo ao Senado Federal, onde recebeu o número de PLC 02 de 2006. Em sua tramitação no Senado Federal fora distribuído para a relatoria do então Senador Roberto Saturnino Braga na Comissão de Educação, tendo recebido um parecer favorável a sua aprovação. Este projeto foi arquivado em 11 de janeiro de 2011 de acordo com o artigo 312 do Regimento Interno do Senado Federal¹.

O supracitado projeto, bem como a política de propriedade intelectual dos organismos de normalização fizeram com que o Estado brasileiro desejasse explicitar a não proteção de “normas técnicas” pela Lei 9.610 de 1998, propondo-se a inclusão do termo “normas técnicas” no inciso VIII do artigo 8º., conforme anteprojeto de lei apresentado pelo Ministério da Cultura para a reforma da Lei 9.610 de 1998, nos seguintes termos:

¹ Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto:

I – as originárias da Câmara ou por ela revisadas;

II – as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos;

III – as apresentadas por Senadores no último ano de mandato;

IV – as com parecer favorável das comissões;

V – as que tratem de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49);

VI – as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52);

VII – pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§ 3º e 4º, EC no 35/2001).

§ 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado.

§ 2º Na hipótese do § 1º, se a proposição desarquivada não tiver a sua tramitação concluída, nessa legislatura, será, ao final dela, arquivada definitivamente. (NR)

“VIII – as normas técnicas em si mesmas, ressalvada a sua proteção em legislação específica”.

A dissertação buscará demonstrar que o rol de obras não protegidas descrito pelo art. 8º da Lei 9.610 de 1998 não é taxativo, e que cabe a interpretação abrangente do citado dispositivo legal, baseado nos fundamentos da não proteção autoral, não sendo necessária a alteração da lei para que se reconheça a não proteção de normas técnicas.

C. Principais questões a serem analisadas

Será analisada a natureza jurídica do Direito de Autor, no primeiro capítulo, por meio de uma breve abordagem sobre as diferentes correntes, importando destacar a corrente que melhor reforça os pressupostos da proteção autoral. No segundo, serão estudados os pressupostos da proteção das criações como obra literária, artística e científica. Este capítulo será a base de todo o trabalho, visto que sem as noções de forma de expressão, originalidade, e personalidade criativa não seria possível delinear os fundamentos da não proteção.

No terceiro, será abordado o tema central da dissertação. Será feita uma descrição das peculiaridades da nomenclatura “limitações”, “exceções”, “obras não protegidas”, criticando-se a doutrina que não discrimina as peculiaridades. Observando-se a ausência de clareza sobre as expressões técnicas-jurídicas “limitação” e “exceção”, e, face a confusão terminológica observada na doutrina majoritária, sugere-se, ao final da análise, uma nomenclatura tecnicamente mais abrangente, para facilitar a identificação e compreensão do tema.

No citado capítulo, será analisada a natureza da técnica legislativa adotada no artigo 8º da Lei 9.610 de 1998, se rol taxativo ou exemplificativo; para poder justificar a importância da pesquisa doutrinária e jurisprudencial, que vão além das hipóteses descritas no artigo 8º e no restante do texto da Lei 9.610 de 1998. Em seguida, serão abordadas de forma sistemática as criações excluídas pela Lei 9.610 de 1998 e as criações não protegidas identificadas pela doutrina e jurisprudência.

O quarto capítulo, no plano interno, abordará os fundamentos multidisciplinares da não proteção das normas técnicas como obra literária e/ou obra

científica. O trato das normas técnicas no campo das exceções será enfatizado em função da controvérsia, relevância do tema à sociedade, e das perspectivas de reforma da Lei 9.610 de 1998.

O quinto capítulo será às conclusões, elencando-se os fundamentos da não proteção autoral, consagrados pela doutrina, bem como, as regras adotadas nas decisões jurisprudenciais; ora sejam, parâmetros para a aplicação do Direito Autoral na solução de conflitos.

D. Metodologia a ser utilizada

A investigação será iniciada com o objetivo de identificar os pressupostos à proteção do Direito de Autor, analisando-se, sobretudo, os textos da Lei 9.610 de 1998 e Decreto 75.699, de 06 de maio de 1975.

Em um segundo momento, será confrontada a pesquisa legislativa com a posição doutrinária e jurisprudencial, e a dogmática sobre as fontes do direito.

No terceiro momento, serão estudadas as criações excluídas expressamente no rol do art. 8º da Lei 9.610 de 1998, bem as exclusões implícitas mencionadas nos parágrafos do artigo 7º da Lei 9.610 de 1998, e, a partir de então todo o trabalho se concentrará nas fontes doutrinária e jurisprudencial para a identificação dos fundamentos da não proteção autoral, com destaque às normas técnicas.

1. DIREITO AUTORAL E SUA NATUREZA JURÍDICA

1.1. As divergências da doutrina

A problemática da natureza jurídica do Direito de Autor merece relevo, pois importa para a melhor compreensão da matéria, entender suas peculiaridades e somente assim, no instante da interpretação da lei, poder fazê-lo respeitando sua autonomia, como um ramo do Direito que não se confunde com qualquer outro.

Os direitos autorais são híbridos, compostos por duas faces uníssonas, indissociáveis, porém, díspares. A face extrapatrimonial denominada direitos morais e a face econômica, denominada direitos patrimoniais. São também dúplices em sua estrutura, pois passam a integrar a realidade mediante a conjugação do corpo mecânico e corpo místico.

Os direitos morais advêm da personalidade criativa, da ligação direta entre o ser humano e sua criação, ainda que colaborativa ou coletiva². A personalidade será muito citada no decorrer do trabalho, pois revela a presença dos traços de individualidade criativa, de originalidade, pressupostos para a proteção da criação como obra literária, artística e científica.

É verdade que há grande divergência terminológica quanto ao uso do termo propriedade para a designação dos direitos decorrentes da exploração da obra intelectual. Atentar para as diferenças, faz com que não se trate de forma igual os desiguais, conforme observa-se, por vezes, quando da generalização do trato dos direitos autorais como espécie da propriedade intelectual.

Silmara Chinellato³ ressalta a forte impregnação do conceito de propriedade ligado ao direito do autor dado que é referenciado, inclusive, pela OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual. Eduardo Lycurgo⁴ concorda ainda existir um debate vivo sobre a natureza e a extensão da proteção para as criações intelectuais, fazendo

²Entendemos que o fenômeno ocorre tanto nas criações realizadas por múltiplos autores, como naquelas em que há um organizador econômico.

³CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. 2008. Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 64.

⁴LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 162.

referência ao pensamento de John Locke⁵. Enfatiza⁶ que os argumentos para que se estabeleçam direitos de propriedade sobre os bens são (i) o direito moral do criador de colher os frutos de seu trabalho – perspectiva essa oriunda do direito natural; e (ii) a razão utilitária, visto que a proteção autoral funciona como um “incentivo projetado para produzir uma quantidade razoável de obras intelectuais e assim promover o bem-estar público”.

É controversa a natureza jurídica do Direito de autor, embora haja três correntes predominantes. A primeira sustenta ser um direito de propriedade; a segunda é a corrente monista que repudia a tese da propriedade, sustentando ser direito uno, embora com duas vertentes, pois além dos direitos morais, reconhecem o direito patrimonial; já a corrente dualista, sustenta tratar-se de direito híbrido, misto ou dúplice, com duas origens ou naturezas: a de direitos morais e a de direitos patrimoniais⁷.

O reconhecimento do corpo místico presente nas obras literária, artística e científica não permite que se refute o fato de que a propriedade exercida sobre bem corpóreo e o direito de autor são oponíveis erga omnes, mas enquanto aquela não permite o uso concomitante da coisa se um terceiro dela se apodera, o autor não estará impedido de fazê-lo concomitantemente com terceiros autorizados ou não autorizados⁸.

Já em 1877, Edmond Picard⁹ defendeu a criação de uma nova categoria de direito, denominada direitos intelectuais, posto que a natureza de tais direitos não se

⁵Cf. LEITE, Eduardo Lycurgo. op. cit., p. 163, 193. “Para ninguém menos do que John Locke, o caminho para os direitos civis e humanos se dava através da propriedade. Porém, os produtos frutos da criação intelectual devem ser vistos de forma bastante distinta de ‘um pedaço de terra’ (imóvel) ou de quaisquer outros bens móveis, porque, uma vez disseminada publicamente, ideias e outros bens intangíveis não estão sujeitos à posse exclusiva desta ou daquela pessoa. A regra geral funda-se no fato de que a mais nobre das criações humanas – conhecimento, concepções e ideias – torna-se, depois de voluntariamente comunicada a terceiros, “de uso livre”, assim como o ar é de uso comum de todos.” Neste sentido, cita-se o famoso voto divergente do Juiz da Suprema Corte Norte-Americana, Justice Louis Dembitz Brandeis (*Justice Brandeis*), ao julgar o caso de *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S., 215, 250 (1918).

⁶LEITE, Eduardo Lycurgo. op. cit., p. 163, 193. “A ênfase da teoria do direito natural, característica dos países da Europa Continental, foca-se no autor como um indivíduo que merece, em face de princípios morais, ser compensado pelas obras intelectuais por ele produzidas. Em comparação, a justificativa utilitária, historicamente mais comum nos países que adotam o sistema anglo-americano (EUA e Grã-Bretanha), mas especificamente o sistema do *common Law*, coloca o bem-estar do consumidor na vanguarda, tratando a recompensa dos autores, obtida da concessão de um monopólio ou direito de exclusivo, como o principal meio para que se atinja aquele fim.”

⁷CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. op. cit., p. 67.

⁸Id. Ibid., p. 78-79. A ubiquidade é uma das características do corpo místico.

⁹PICARD, Edmond. *Le droit pur*. Paris: Flammarion, 1920. p. 92 e ss. Id. *O direito puro*. 2. ed. Salvador: Livraria Progresso Ed., 1954. p. 116. A obra de 1877 a que o autor se refere é, segundo ele, um artigo de revista cujo nome não declina, mas que teve desde logo o prestígio de Lehr, professor da Universidade de Lausanne. Na obra de Carine Doutrelepont *Le droit moral de l’auteur et Le droit communautaire*, Bruxelles: Bruylant, 1997, encontramos a seguinte indicação bibliográfica: *Les droits intellectuels à ajouter comme quatrième terme à la division classique des droits en personnels, réels et d’obligation*, Bruxelles: Larcier, 1879 *apud* CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. op. cit., p. 64-65.

encartava em nenhuma das hipóteses em tela, a saber: (i) direitos pessoais (*jura in persona ipsa*); (ii) direitos incidentes sobre a pessoa alheia; (iii) direitos obrigacionais (*jura in persona aliena*); e (iv) direitos reais, que recaem sobre as coisas imateriais.

Por sua vez, Tulio Ascarelli¹⁰, ao defender a natureza jurídica do direito de autor como um direito de propriedade, destaca os aspectos patrimoniais do direito de autor, embora reconheça os direitos morais como direitos da personalidade, mas reduzidos a um genérico direito de paternidade, inclusive, rejeitando a natureza dúplice do direito de autor. Todavia, é sabido que essa linha de pensamento refletira na utilização das ações possessórias como meio de defesa do direito autoral, o que, todavia, foi rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal em 1984, que julgou imprópria a utilização do interdito proibitório para a defesa do direito autoral.

Sobre a patrimonialidade dos direitos autorais, que, dentre os direitos individuais fundamentais, situados no art. 5º da Constituição Federal, estão previstos que: (i) o autor é o titular dos direitos sobre as obras autorais que criar, em caráter de exclusividade; (ii) este direito se aplica tanto às obras puramente individuais com as que inserem-se em uma obra coletiva¹¹; (iii) a projeção da personalidade é protegida, mesmo quando trata-se da utilização patrimonial da obra; (iv) estes direitos são transmissíveis aos herdeiros, portanto objeto de sucessão hereditária; (v) o tempo post mortem de proteção será limitado; (vi) as participações individuais em obras coletivas são protegidas; (vii) é assegurado aos autores o direito de fiscalizar o aproveitamento econômico de sua obra e (viii) a legitimidade ativa para a fiscalização dos usos ou proveitos é extensiva às associações e sindicatos.

Ante o insucesso nas tentativas de enquadramento do direito autoral, assevera Hermano Duval¹² que Picard e Kohler resolveram pela criação de uma nova categoria: a dos direitos intelectuais. Sobre a diferença no pensamento de ambos o autor esclarece que embora chegaram a uma concepção análoga, porém, Picard acrescentou uma quarta categoria à tradicional divisão romana, a denominada direitos intelectuais, ao passo

10ASCARELLI, Tulio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Traducción de E. Verderra y L. Suárez-LLanos. Studia albornotiana. Publicaciones Del Real Colegio de España em Bolonia. Barcelona: Bosch, 1970, p. 694 e seguintes, *apud* CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. op. cit., p. 67, 72.

11Sobre obra coletiva, consultar PONTES, Hildebrando. Autoria e obra coletiva. In: PIMENTA, Eduardo Salles (Coord.). *Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 133-147 e MORATO, Antonio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

12DUVAL, Hermano. *Direitos autorais nas invenções modernas*. Rio de Janeiro: Editorial Andes, 1956. p. 10-11.

que Kohler manteve-se fiel à concepção clássica, adotou a categoria de direitos sobre os bens, a qual compreenderia os direitos sobre os bens corporais (direitos reais) e os direitos sobre os bens imateriais (intelectuais). Ambos concordam que o objeto da exclusividade de exploração dos direitos intelectuais não é o corpo mecânico e sim a sua forma de expressão, ou seja, um bem imaterial.

José de Oliveira Ascensão¹³ refuta a teoria da propriedade, motivado pela compreensão de ser o direito moral um direito pessoal, portanto, distinto da natureza do direito patrimonial, lembrando que a propriedade, tal como é tratada em nossas leis, pressupõe o caráter material do objeto e ser suscetível a atos de posse, o que não acontece com o direito de autor. Para ele o direito de autor é um exclusivo, não um privilégio (o exclusivo é geral, o privilégio especial para determinada pessoa). Se for acentuado o caráter econômico do direito, é um monopólio. O exclusivo tem conteúdo negativo, pois todos, salvo o autor, são afastados do exercício de um direito. E, assim, comenta: “[...]A obra é pois uma realidade incorpórea; a exteriorização que ela representa ainda pode ser imaterial, bastando que se revele aos sentidos.”

Sobre os requisitos da tutela autoral e a discussão sobre a natureza de tal direito, Newton Silveira¹⁴ como um mediador das diferentes correntes doutrinárias, reafirma pensamento de Goffredo da Silva Telles Junior proferido em sua própria banca: “de que o direito de autor protege aquilo que é ‘próprio ao autor’”. Depreende da exigência da originalidade, a exigência da personalidade do autor na criação, acreditando que o objetivo é a tutela jurídica da criatividade humana. Goffredo da Silva Telles Júnior¹⁵ faz análise bastante diferenciada da relação autor e obra, obra e propriedade: “A obra

13ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 612.

14SILVEIRA, Newton. Violações aos direitos patrimoniais – contrafação – danos patrimoniais – exceções oponíveis ao exercício dos direitos patrimoniais. In: NAZO, Georgette N. (Coord.). *A tutela jurídica do direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 19-20: “Abstraindo a eterna discussão acerca da natureza do direito de autor, se direito de personalidade, se direito de propriedade, se direito bifronte, encerrando ambos os aspectos num mesmo e único direito, poderíamos, aqui, repetir o comentário que fez o Emérito Professor Goffredo da Silva Telles Junior, em defesa de tese do autor deste trabalho, de que o direito de autor protege aquilo que é ‘próprio’ ao autor. O certo é que, exigindo a lei o caráter de originalidade, está-se referindo à própria personalidade do autor impressa na obra, com o fito de tutelar a criatividade humana. E, certamente, essa tutela cobre efeitos patrimoniais relevantes.”

15TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 300, *apud* CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *op. cit.*, p.74-75. “Sendo expressão de um pensamento, a obra intelectual, assim exteriorizada, é manifestação própria de quem teve o pensamento, e o revelou. É obra própria do manifestante. E, por ser obra própria, ela é propriedade de seu autor. Mas este tipo de propriedade nada deve ao Direito. Ela é qualidade, uma certa maneira de ser, manifestada na obra produzida. É uma propriedade que não pode ser adquirida e alienada, não pode ser objeto de normas jurídica. A obra intelectual é propriedade do autor como o bater de asas e o voo são propriedade do pássaro. A obra intelectual é de tal maneira coisa própria de seu autor que, uma vez produzida, não tem o autor meio nenhum de se desvencilhar dela.”

intelectual é propriedade do autor como o bater de asas e o voo são propriedade do pássaro. A obra intelectual é de tal maneira coisa própria de seu autor que, uma vez produzida, não tem o autor meio nenhum de se desvencilhar dela”.

Analisa também que a teoria monista possui duas vertentes: a dos monistas patrimonialistas e a dos monistas personalistas. Já sobre a teoria dualista, manifesta a autora que esta considera “a hibridez do direito de autor composto por direitos morais – direitos da personalidade – e direitos patrimoniais”¹⁶. Faz menção a autora ao posicionamento de Henri Desbois¹⁷, um dos mais expressivos autores do século XX.

Silmara Chinellato¹⁸ refuta a natureza de propriedade do direito de autor e para tanto apresenta cinco fundamentos da inadequação: (i) que se aplica somente aos bens corpóreos; (ii) que não há a aplicabilidade de usucapião de direito intelectual; (iii) que sua forma de aquisição de titularidade é completamente distinta do meio de aquisição da propriedade; (iv) que os direitos autorais possuem limitações temporais; (v) que envolvem direitos morais, que são inalienáveis, entre outras diferenças que afastam por completo a aplicação da teoria da propriedade no direito de autor. E, assim, conclui ser a teoria monista, a mais adequada por considerar que o direito do autor é único e uno, nascendo com a criação da obra, sendo-lhe manifestação da personalidade, podendo, depois, ser objeto de exploração econômica, se assim quiser o criador. [...] ¹⁹.

16CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. op. cit., p. 86-87.

17*Le droit d' auteur em France*. 2.e édition. Paris, Dalloz, 1966, p. 239, 247 e 366 *apud* CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. op. cit., p. 88-89. Direitos morais e direitos patrimoniais, no seu modo de ver, não nascem e não morrem ao mesmo tempo. O direito moral surge desde os primeiros golpes do pincel ou do lápis, desde a primeira versão de um plano ainda rudimentar. A principal prova do dualismo seria a independência dos direitos patrimoniais e morais da obra caída em domínio público, hipótese em que não existiriam direitos patrimoniais, continuando os morais, o que impediria o sepultamento daquela. [...] Segundo Henri Desbois, desde a publicação inicial da obra, ela entra na comunhão, mas a exploração econômica será submetida à influência, à supremacia do direito moral. O exercício desse direito temperará o efeito da transferência para assegurar os laços que unem a obra à personalidade do criador, mas, em contrapartida, um controle judiciário permitirá reagir contra o abuso do direito moral, no caso em que ele, a serviço da malignidade, deturpe sua missão.

A conclusão é no sentido de que, na visão da jurisprudência francesa, a teoria dualista reconhece que direito moral e direitos pecuniários coexistem, desenvolvem-se sob a autoridade preponderante daquele, que é voltado à defesa dos interesses espirituais do criador.

18CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. op. cit., p; 80-82.

19Id. Ibid., p. 86.

1.2. Os reflexos do patrimonialismo

Guilherme Carboni²⁰ tece crítica à ampliação do rol de obras protegidas, especialmente à proteção concedida aos softwares e às bases de dados, movida pelo interesse de grandes corporações, o que demonstra a banalização dos princípios do Direito de Autor, e o autor destaca que o rol exemplificativo da Convenção de Berna não oferece resistência a essas pressões, e acrescentaríamos que a ausência da menção expressa dos pressupostos qualificativos da proteção autoral: originalidade e identificação de uma ou várias personalidade (s) criativa (s), também favorecem ao alargamento da interpretação de Berna. O autor alerta a ampliação das obras protegidas pelo direito autoral pode representar sérios entraves às novas formas de criação, circulação e acesso a obras intelectuais na sociedade da informação, podendo o direito de autor inviabilizar formas mais dinâmicas de criação e fruição de bens intelectuais, e, assim, rebaixar o estímulo à criação. Vislumbra que a proteção de obras que não estejam enquadradas nos requisitos da proteção autoral desvirtua a função social do direito de autor, como princípio garantidor do desenvolvimento cultural e tecnológico.

Sobre o movimento de alargamento da interpretação do artigo 7o., Eliane Y. Abrão²¹ alerta que ainda que se queira enquadrar na categoria de obras protegidas tudo aquilo que se conceitue como obra do espírito ou criação (“porque tudo o que emana da cabeça, da

20CARBONI, Guilherme. *A função social do direito de autor e sua regulamentação no Brasil*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 147-149: “Essa crescente ampliação das obras protegidas pelo direito de autor, impulsionada pelos interesses da indústria de bens intelectuais, e propiciada pelo rol meramente exemplificativo da Convenção de Berna e das legislações internas dos países signatários, levou a uma certa banalização do objeto da proteção autoral, já que o que importa, hoje, é proteger o chamado “conteúdo” comercializável, seja ele obra ou não. Com isso, expande-se a proteção do direito de autor para obras que, em princípio, não a justificariam. É o caso do software, que não é a expressão livre de uma criação intelectual, mas a expressão vinculada de um processo. Um outro exemplo desse fenômeno é a proteção *sui generis* das bases de dados, adotada pelo países da União Europeia, que pode se dar paralelamente à proteção conferida pelo direito de autor. De acordo com essa proteção *sui generis*, o titular dos direitos detém a exclusividade para a extração e a utilização comercial de partes substanciais do conteúdo das bases de dados, independentemente da sua originalidade que, conforme visto acima, é um dos requisitos essenciais para a proteção autoral. Isso porque não se visa a proteção da criação intelectual original, mas sim, do investimento. Concordamos com Ascensão, quando diz que não se contesta a proteção do investimento, mas o fato de ser feita através do direito de autor, como é o caso do software. Amplia-se a tutela do direito de autor invocando a proteção da criatividade para, a final, atribuir o direito à empresa, que se beneficia de uma tutela que foi estruturada com finalidade diversa, com uma evidente distorção de todo o regime legal. [...]”

21ABRÃO, Eliane Y. Proteção ao direito autoral tem limites. *Tribuna do Direito*, São Paulo, nov. 1995. p. 6. e Id. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002. p. 91: “Como a lei não requisita a originalidade como condição de proteção, deixando esta ao resultado tangível de uma criação, basta que uma obra passível de proteção legal seja criada e publicada para que seja protegida contra cópias não autorizadas. Esse o sentido da proteção: não um monopólio sobre a criação abstratamente considerada, mas um privilégio, uma exclusividade, na reprodução do suporte, ou na utilização pública da obra”.

imaginação do ser humano é, afinal, obra do espírito”), perduram, no sistema jurídico brasileiro, os requisitos à configuração do status de obra protegida pelo direito de autor.

Os atores sociais que integram o movimento da tendência expansiva da proteção do investimento pelo Direito Autoral conduzem pleitos para englobar-se na proteção autoral criações despidas de originalidade, tais como: as bases de dados não eletrônicas, as coleções de quaisquer elementos, normas técnicas, bibliotecas, coletâneas, emissão de imagens da prática de esportes como obra audiovisual, formatos de programa de TV, e, etc. Todavia, feita esta constatação, em especial, pelos países em desenvolvimento, passaram tais países a se organizar em blocos nos fóruns internacionais com o objetivo de rechaçar tratados que por ventura colidiriam com estratégias desenvolvimentistas.

Sobre os reflexos da personalidade do autor na obra e suas consequências, Silmara Chinellato²² perfila a corrente que entende que o Direito de autor é direito de personalidade, visto nascer com a criação da obra, sendo, na gênese, primeiro, direito de personalidade, porque ligado à própria personalidade do criador que nela se projeta. Reconhece a hibridez do direito de autor, porém, ressalta que sua ênfase é aos direitos morais, direitos da personalidade. Esclarece que o direito de autor nasce uno e depois pode, eventualmente, bipartir-se a titularidade dos direitos morais – sempre ao autor – e a titularidade do exercício de direitos patrimoniais. Para a autora, a teoria que melhor define a simbiose entre direitos patrimoniais e morais é a teoria monista, recordando que quando da violação de um direito moral de autor, há conotação patrimonial e, quando se viola um direito patrimonial, haverá também a violação de direito moral.²³

Silmara Chinellato²⁴ afirma ainda que “não obstante haja poucos autoralistas que adotem a teoria monista, é tempo de se enfatizar a falta de compartimentação entre direitos morais e patrimoniais.” Em relação aos reflexos de ambas as teorias (dualista e monista), ressalta que podem levar a diferentes conclusões em havendo indenização por

22CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. op. cit., p. 94-95, 97. “A analogia com a gestação e o parto é própria, razão por que ousamos fazê-la. Todo aquele que é autor sabe, por experiência própria, que criar uma obra é gestá-la – por tempo indefinido, que só a emoção e/ou razão definem – até dá-la à luz e, se quiser, ao público, por meio de sua comunicação. [...]”.

23Id. Ibid., p. 102-104. “[...] Vê-se nitidamente que, a reprodução indevida da obra, enseja ofensa ao direito de modificá-la ou ao direito de arrependimento, os quais o autor não pode exercer, pois não lhe foi dada a oportunidade para tanto.”

24Id. Ibid., p. 105. “A simbiose de direitos morais e patrimoniais é admitida pela Doutrina – na qual citamos André Lucas e Henri-Jacques Lucas, José de Oliveira Ascensão e Jean-Sylvestre Bergé. A análise das obras dos diversos autores, dos vários países, indica que os adeptos da teoria dualista caminham cada vez mais para admitir a falta de compartimentação entre direitos morais e patrimoniais, no sentido de que um repercute no outro.”

violação de direitos, posto que, na teoria monista, defende-se que o dano patrimonial conduz ao dano moral naturalmente, motivo pelo qual a previsão. Assevera que o caminho pelos qual se desdobra o direito autoral é o da teoria dualista.

Entendemos que a reafirmação da teoria monista pode ajudar no fortalecimento da indispensabilidade de se melhor classificar uma obra protegida de uma obra não protegida, na medida em que se destaca a relevante característica da personalidade na criação - a personalidade criativa, por fim a originalidade que vem sendo banalizada, contribuindo-se, assim, para a manutenção de um sistema coerente e equilibrado, mesmo ante as pressões de se abrigar criações de todo gênero²⁵.

²⁵Cita-se, o direito *sui generis* sobre as bases de dados adotado pela Diretiva Europeia. Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. Libertad de ideas, hechos, conceptos, sistemas, aspectos funcionales. In: DERECHO DE AUTOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DROIT D'AUTEUR ET LIBERTE D'EXPRESSION. COPYRIGHT AND FREEDOM OF EXPRESSION, ALAI, 2006 BARCELONA. 19-20 jun. 2006: Em primeiro lugar, o direito *sui generis* sobre as bases de dados segue sendo próprio de a União Europeia, e não há sido reconhecido pelos países não membros, o que reforça as vozes que advogam por uma revisão desta questão na Europa (tradução nossa).

2. PRESSUPOSTOS DE PROTEÇÃO

2.1. Da forma de expressão

Para melhor compreensão do significado de forma de expressão, busca-se subsídios nas artes e na comunicação. Uma forma sensível e sensorial corresponde à aparência global, previamente elaborada e inerente a uma linguagem²⁶. A forma expressa em domínio de técnica e de arranjos, bem como, por meio de artifícios, comunica e tenta tornar perceptível sentimentos e ideias. Trata-se de forma sensível e expressão de ideias. Outra abordagem possível da arte, e que subentende categorias já mencionadas anteriormente (processo criativo, ordenado e espiritual, objeto-síntese do sensível e do racional, da imaginação e do entendimento multiformidade das intuições etc.), seria o de um processo criativo de formas perceptíveis e sensórias e, ao mesmo tempo, expressivas e plásticas dos sentimentos e das ideias. A forma perceptível e sensória diz respeito a uma aparência global, previamente elaborada e confinada a uma “linguagem”. Isto é, algo que se manifesta com identidade própria, seja sob aspecto fixo (uma escultura, um soneto), seja cambiante (um bailado, um filme cinematográfico). Pela forma se expressa um domínio de técnica e de arranjos. A ideia de expressividade é aplicada com o sentido de tornar presentes e comunicáveis, por meio de símbolos (artifícios), determinados sentimentos e ideias. Essa expressividade recobre um território extenso que inclui, entre outras, a capacidade de imaginação, de persuasão, de emoção e de sensibilidade às coisas do mundo em sua relação com a existência humana. Quanto à plasticidade, significa que um mesmo sentimento ou ideia pode ser expresso sob formas variadas e complementares, o que dá à arte uma riqueza talvez infinita de se revelar, de transmitir e de estabelecer sentidos.²⁷

26CUNHA, Newton. *Dicionário Sesc: a linguagem da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 377-378.

27Id. Ibid., p. 40-43. “Desde aqui, outra marca indelével da atividade artística é a possibilidade de escolha ou dileção subjetiva das formas e dos conteúdos, sempre mais ampla do que as ciências e as tecnologias possam permitir, ainda que se considerem todos os condicionamentos materiais, ideológicos ou históricos inevitáveis. A escolha da forma, especificamente, nos é lembrada por Pirandello (*O Humorismo*) ao comentar uma observação do filósofo e teólogo Schleiermacher, que “advertia com perspicácia, em suas *preleções sobre a Estética*, que o artista opera com instrumentos que, por sua natureza, não são feitos para o individual, mas para o universal. Assim a linguagem (que pode ser estendida a qualquer expressão artística). O artista, o poeta, deve extrair da língua o individual, isto é, precisamente o estilo. A língua é conhecimento, é objetivação. Neste sentido, é criação de forma, ou seja, é a máscara da palavra em nós investida e animada pelo nosso sentimento particular, e movida por nossa vontade subjetiva. A criação, portanto, não é *ex nihilo*’ (proveniente do nada).”

A forma de expressão é determinante à proteção autoral. O direito de autor nasce a partir da expressão da manifestação concreta do pensamento criativo, o que se dá por meio de uma forma. De acordo com Plínio Cabral²⁸, a forma de manifestação física da obra é que a integra no mundo dos negócios materiais. Segundo o autor a manifestação artística se dá em três momentos: (i) a ideia criadora; (ii) fixação material da ideia numa base; e (iii) distribuição da obra. Já Delia Lipszyc²⁹ distingue três etapas primordiais no processo de criação de uma obra literária: (i) concepção da ideia da obra, (ii) projeto de desenvolvimento, (iii) a composição, (iv) e a expressão do conteúdo.

Sobre o objeto de proteção do direito de autor, ressalta Delia Lipszyc que este visa a proteção das criações formais e da originalidade da obra (independentemente de seu mérito, destino ou forma de expressão). A autora³⁰ constata que o direito está destinado a proteger a forma representativa, a exteriorização de seu desenvolvimento em obras concretas, aptas para serem reproduzidas, representadas, executadas, exibidas, radiodifundidas, etc., de acordo com o gênero a que pertençam, bem como a regular sua utilização.

José de Oliveira Ascensão³¹, por sua vez, ao discorrer sobre a exteriorização da criação, acredita que partindo-se ou não de um tema, o criador tem uma ideia e que há sempre uma prefiguração, mesmo que vaga. E seria a partir dessa prefiguração que a ideia trabalhada alcançaria a forma. O autor esclarece que a forma primária de consecução desse objetivo é a delimitação do que é protegido, ou seja, a determinação do objeto da tutela legal. Eduardo Vieira Manso e Manoel Joaquim Pereira dos Santos designa-as como “limitações genéricas”³². Historicamente, essa potencial colisão de direitos fundamentais estaria salvaguardada pelo fato de o Direito de Autor não incidir sobre o conteúdo em sentido estrito da obra intelectual, ou seja, os dados, fatos ou ideias gerais contidos na criação tutelada. O art. 8º da Lei Autoral codifica esse princípio, ao explicitar o que não é objeto de proteção autoral, preceito esse que é complementado pelo disposto nos §§ 2º e 3º

28CABRAL, Plínio. *Revolução tecnológica*. Porto Alegre: Sagra Luizzatto, 1998. p. 52, 55-56.

29LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, 2001. p. 70.

30Id. Ibid., p. 61-62. “El derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según el género al cual pertenezcan, y a regular su utilización.”

31ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 30.

32MANO, Eduardo J. Vieira. *Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações)*. São Paulo: José Bushatsky, 1980. p. 94. e SANTOS, Manoel J. Pereira dos. op. cit., p. 26.

da mesma Lei, o que de resto já decorre da sistemática legal, uma vez que o Direito de Autor protege apenas a forma de expressão.³³

Sobre a exteriorização da obra, importa esclarecer que a comunicação da ideia está condicionada a sua corporificação, por meio de uma determinada forma de expressão. José de Oliveira Ascensão leciona que essa maneira de expressão pode ser designada como forma, utilizando o sentido jurídico precípua segundo o qual por forma se entende sempre um modo de manifestação. Recordemos que, nos atos jurídicos, a forma é o modo de manifestação da vontade.³⁴

Sobre os modos de expressão, importa ressaltar que não se vislumbrará reconhecer como ato de criatividade, aquele ato considerado essencial à existência de obra tutelável, ou seja, quando a expressão representar a única forma para a comunicação da ideia, citando as descobertas matemáticas e químicas, que se expressam através de fórmulas.³⁵

Sobre os referidos elementos não literais da criação, Manoel Joaquim Pereira dos Santos³⁶ esclarece que no direito europeu, desenvolveu-se desde Kohler a tese de que, ao lado da forma diretamente perceptível através da qual a obra se exterioriza äussere Form, o reconhecimento a uma forma interna innere Form que representa a estrutura da criação final. E, assim, integra a doutrina que reconhece três elementos básicos em toda obra intelectual: o tema, a forma interna e a forma externa.³⁷ A expressão ‘forma interna’ recebeu no direito francês a denominação de ‘composição’³⁸ (negrito nosso).

Destaca-se a importância de se distinguir na proteção os elementos não-literais entre uma obra de ficção e uma obra factual ou científica. Entende que a obra

33SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios constitucionais e propriedade intelectual – o regime constitucional do direito autoral. In: ADOLFO, L. G. S; WACHOWICZ, M. *Direito da propriedade intelectual*: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006. p. 26.

34ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 30.

35Id., Ibid., p. 39.

36Objeto e limites da proteção autoral de programas de computador, tese de doutorado defendida em agosto de 2003 na Faculdade de Direito da USP, p. 152. “Alguns autores, porém, consideram difícil separar a forma interna protegida do conteúdo não protegido e, evidentemente, distingui-los é uma das tarefas mais difíceis no Direito de Autor. Como um corolário desse princípio, desenvolveu-se também o conceito de que, quando há limitação na forma de expressão de uma ideia, a expressão também não é protegida, pois a exclusividade quanto a uma forma expressiva impediria que outro exprimisse a mesma ideia. Trata-se do princípio da identidade ideia-expressão bastante aplicado pela jurisprudência norte-americana”.

37[Nota do original] Vide FRASSI, Paola A. E. *Creazioni utili e diritto d’ autore*: programmi per elaboratore e raccolte di dati. Milano: Giuffrè, 1997. p. 322-324.

38[Nota do original] *Morrissey v. Procter & Gamble Co.*, 379F2d675 (1st. Cir. 1967); *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v Kalpakian*, 446 F2d 738 (9th. Cir. 1971); *Sid & Mary Korfft Television Prods. Inc. v McDonald’s Corp.*, 562F2d 1157 (9th. Cir. 1977).

factual ou científica é baseada na diversidade da expressão da ideia. Observa que numa obra histórica ou científica, a criatividade na expressão formal é pequena, visto residir o mérito da obra no seu conteúdo, de forma que a proteção para os elementos não literais deveria ser menor³⁹.

2.1.2. Fixação em qualquer suporte, tangível (conhecido ou que se invente no futuro)

A Lei determina que a criação do espírito seja expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível, conhecido ou que se invente no futuro. A criação prescinde de um corpo, de um suporte (físico ou virtual), de um veículo que figure a criação imaterial como um bem móvel. Esse corpo ou veículo é dissociado do que nele está contido, refere-se ao corpo místico da criação, que é a criação em si (a qual não se vincula ao qualquer que seja o suporte).

Sobre a questão da fixação em suporte material, em vista de todo o processo criativo, destaca Delia Lipszyc⁴⁰:

En el proceso de creación de una obra literaria se distinguen, básicamente, três etapas: primero el autor concibe la Idea de la obra, luego elabora el plan de su desarrollo, su composición y, finalmente, la expresa. Toda vez que la originalidad de la Idea no cuenta, pues no goza de protección considerada em si misma, una obra puede ser original em su composición o contenido o em su expresión o forma. Em el derecho de autor se consideran obras absolutamente originales aquellas que ló son tanto em la composición como em la expresión.

Destaca ainda a autora que pouco importa a forma que o autor exterioriza sua obra, podendo ser tanto manuscrita, digitada, ditada, para sua posterior gravação por outra pessoa, o que ocorre também com a composição musical.⁴¹

Da mesma sorte, Silmara Chinellato assenta que o direito de autor nasce com a criação do espírito - projeção da personalidade criativa do autor, materializada na

39SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Objeto e limites da proteção autoral de programas de computador*.

2003. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 153.

40LIPSZYC, Delia. op. cit., p. 70.

41Id. Ibid.

obra, motivo pelo qual o direito autoral dá ensejo a direitos tanto de natureza moral como patrimonial.⁴²

2.2. A estética e o direito industrial

A expressão estética não se origina de conceito jurídico, e, não se pode afirmar que se trate de conceito objetivo. Para melhor compreensão há de se buscar subsídios na multidisciplinariedade. A origem da palavra estética vem da palavra grega *aishetikós*, o que quer dizer objeto material capaz de impressionar ou de ser percebido pelos sentidos, diferentemente, em sua origem, dos objetos ou coisas apenas pensadas, imateriais (*noetikós*). Atualmente, a ênfase das análises estéticas tem procurado desvencilhar-se da conexão entre utilidade, beleza e objeto artístico, valendo-se, inclusive, de novos critérios linguísticos⁴³.

Nota-se a busca pela depuração de termos não-estéticos que, tradicionalmente, teriam contaminado o discurso sobre a arte. Cita-se, como exemplo da investigação procedente da Gestalt, o fato de percebermos “qualidades emocionais” diretamente nos objetos, quando observamos sua totalidade. Essas qualidades podem ser expressas por palavras e ideias como “delicado, gracioso, dinâmico, estático, luminoso ou sombrio, alegre ou austero” que a obra de arte transportaria consigo. Não seriam, portanto, simples projeções mentais do espectador e não se confundiriam com a mutante e relativa concepção de beleza⁴⁴.

As obras de função estética compõem o escopo da proteção autoral, não o integrando aquelas que somente apresentam função utilitária, todavia, nada impede que uma obra que também apresente função utilitária venha a ser protegida⁴⁵, desde que também venha a ser dotada de estética original, podendo, assim, autores e/ou titulares, privar a reprodução e a utilização não autorizada, também pelo Direito de Autor e não somente pelo Direito Industrial (desenho industrial). Newton Silveira⁴⁶ identifica que “[...]”

42CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 15, v. 29, p. 311, jan./jun. 2012.

43CUNHA, Newton. op. cit., p. 257, 261.

44Id. loc., cit.

45LIPSZYC, Delia. op. cit., p. 67.

46SILVEIRA, Newton. Violações aos direitos patrimoniais – contrafação – danos patrimoniais – exceções oponíveis ao exercício dos direitos patrimoniais, cit., p.19-20.

O critério da lei é de separabilidade de função técnica e função estética e de valor dessa função remanescente. O requisito de valor artístico encontra-se não só nesse inciso, mas, também, no tocante à fotografia (inciso VII) e quanto às coletâneas, compilações etc., objeto do art. 7º da lei. Via de regra, no entanto, o legislador abstrai o valor artístico como pressuposto de proteção à obra autoral.”

Em relação ao dualismo entre as funções técnica e estética da obra intelectual, Newton Silveira⁴⁷ leciona que o inventor trabalha com fatos da natureza, ou seja, a denominada materialidade da invenção; exemplificando as dificuldades do Oceano Atlântico, do Monte Everest. Elucida que tanto as notícias, como a ciência, também, trabalham com fatos. E, destaca que a despeito da adoção da expressão “em nível inventivo das invenções”, que a criatividade nas invenções está submetida às regras da natureza. E defende que “o autor de obra literária ou artística trabalha com a sua imaginação, cuja liberdade não é limitada pelo objeto. Não é o objeto que fala, mas o autor”.

Denis Borges Barbosa analisa o conflito de competência entre as leis de patentes e as de direitos autorais, e, constata que este não se restringe ao aspecto da forma, uma vez que os propósitos sociais e a tutela constitucional das duas modalidades são diversos, como são distintas as condicionantes sociais. Destaca os cuidados especiais tanto na Lei de Direito Autoral, como na Lei de Software para não cotejarem criações industriais. Por outro lado, defende o autor que a existência de conteúdo estético não apresenta óbice por si só ao patenteamento, apoiando-se na lição de Pollaud-Dulian⁴⁸.

47SILVEIRA, Wilson (Org.). *Estudos e pareceres de propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Júris: 2008. p. 408-409.

48POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *La Brevetabilité des inventions – Étude comparative de jurisprudence France-OEB*. Paris: Litec, 1997, p. 50 *apud* BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1139-1140. “Naturalmente, o fato de uma invenção técnica permitir também a obtenção de um efeito estético não a priva de patenteabilidade. É assim, por exemplo, que os processos e produtos cosméticos são patenteáveis. Uma patente francesa tratava de uma estrutura de cobertura, comportando uma base de apoio formada por uma matéria qualquer. Esta invenção tinha uso em plantações para proteger terrenos em declive, permitindo, por exemplo, que se cobrisse uma área inclinada com grama. Em uma ação de contrafação, o réu arguiu a nulidade desta patente por ela ter uma finalidade estética. Em sua decisão, o Tribunal ponderou que “estava claro a invenção possuía um resultado estético, contudo este resultado não era o único”. A invenção era suscetível de aplicação industrial destacada do caráter estético da obra realizada. A patente era, por conseguinte, válida. A invenção permitia tecnicamente construir superfícies em declive de um aspecto estético específico; o objeto da patente não era, em si, uma criação estética. Enfim, cabe-se recordar que, nos termos do artigo L. 511-3 tem 2 CPI, se o objeto pode ser considerado ao mesmo tempo como uma invenção patenteável e como um desenho ou modelo novo, a proteção somente pela patente é obrigatória quando ‘os elementos constitutivos da novidade do desenho ou modelo são inseparáveis aos da invenção’”.

Sobre a dicotomia existente entre atividade inventiva e atividade criativa entende Bruno Hammes⁴⁹ que tanto os autores como os inventores exercem atividade intelectual. “Os autores criam obras resultantes de sua atividade intelectual. O inventor não cria obra, cria uma técnica. Dá uma solução a um problema técnico. A obra do autor é expressão de sua personalidade.”

Sobre a dupla proteção pelo Direito de Autor e pelo Direito de Propriedade Industrial, bem destacam Bittar e Bittar Filho⁵⁰ que um bem estético pode, ao mesmo tempo, voltar-se à sensibilização e a fins utilitários, tese que já fora consolidada pela doutrina.

2.3. Os pressupostos de proteção e as fontes do direito

Não se encontram no corpo da Lei 9.610 de 1998 os pressupostos para a proteção cotejada. Esta omissão, parece ser voluntária⁵¹, uma tentativa equivocada de se evitar condicionar ao intérprete a proteção das mais variadas formas de expressão⁵².

Importa analisar a natureza jurídica da lacuna presente na Lei 9.610 de 1998, para a compreensão da maneira pela qual a mesma pode ser eliminada. A lacuna própria é uma lacuna do sistema ou dentro do sistema, enquanto que a lacuna imprópria é o resultado da comparação entre um sistema real e o idealizado, sendo que mediante a primeira cabe a interpretação das leis vigentes, e ante a segunda, há que se legislar para a criação de novas normas. As lacunas próprias são completadas pelo trabalho do intérprete, e as lacunas impróprias pelo legislador. “[...] a integração do vazio, deixado de propósito, é confiada ao poder criativo do órgão hierarquicamente inferior.” Considera-se que na

49HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3. ed. São Leopoldo-RS: Unisinos, 2002. p. 280. Ninguém faz uma obra igual à de outro (com raríssimas exceções, estatisticamente irrelevantes); pode imitá-la ou mesmo plagiá-la. Uma solução técnica pode ser desenvolvida tanto por A como por B.

50BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 134, 137.

51Cf. BOBBIO, Norberto. *A teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1999. p. 144-145. “As lacunas voluntárias têm natureza de lacunas subjetivas, as quais derivam da decisão do legislador, sendo as lacunas voluntárias aquelas que o próprio legislador faz a opção de omitir, e, em geral, ocorre quando a matéria é muito complexa e não pode ser regulada com regras detalhadas, convencendo-se o legislador de que o melhor é confiar ao juiz a interpretação, caso a caso [...]”.

52Cf. Reunião informal sobre anteprojeto de lei para a reforma da Lei 9.610 de 1998, formado nos anos 2009/11 (informação verbal). O citado receita, pode ser oriundo de confusão entre originalidade e mérito. A menção expressa de um pressuposto que se não é universal, certamente é reconhecido por unanimidade doutrinária e jurisprudencial neste território.

medida em que se aplica o poder criativo do intérprete, não há mais que se falar em incompletude do sistema, pois este estará sempre completo⁵³.

Na possível tentativa de se destacar o aspecto da personalidade criativa, adotou-se a expressão criações do espírito (caput do art. 7º da Lei nº 9.610 de 1.998)⁵⁴ o qual dispõe que 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, passando a exemplificar as obras protegidas nos incisos I a XIII do artigo 7º, por meio da expressão “tais como”: os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas e dramático-musicais; as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; as composições musicais, tenham ou não letra; as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; os programas de computador; as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

O Guia da Convenção de Berna⁵⁵ esclarece que no artigo 1º da Convenção está estabelecido o escopo da proteção de “obras literárias e artísticas” como o conjunto das produções no domínio literário, científico e artístico e afasta toda e qualquer limitação quanto ao modo ou à forma de expressão das obras. A Convenção de Berna estabelece dois critérios. O primeiro identifica o princípio da generalidade de proteção a produções no

53Cf. BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 145. “Onde age o poder criativo daquele que deve aplicar as normas do sistema, o sistema está sempre, em sentido próprio, completo, porque em cada circunstância é completável e, portanto, o problema da completude ou incompletude nem se apresenta.” Comenta-se, ainda, que em regra, as lacunas voluntárias são *intra legem*, ou seja, quando as normas são muito gerais e revelam, no interior das disposições dadas, vazios ou buracos que caberá ao intérprete preencher. E, assim, as novas regras (as interpretativas) serão formuladas dentro das regras expressas (a lei).

54Opção já observada na Lei 5.988 de 1973, vide artigo 6º da Lei 5.988 de 1973.

55MASOUYÉ, Claude. *Guia da Convenção de Berna relativa à Protecção das Obras Literárias e Artísticas*. Tradução de Antônio Maria Pereira. Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), 1980. p. 12. O Brasil é país membro da Convenção de Berna, internalizada pelo Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975, convenção internacional mais significativa quanto à regulação de direitos autorais. Cabe ao Estado brasileiro a observância dos princípios de Berna, como normas genéricas mínimas, sempre de forma compatível com a legislação nacional, e, na sua omissão, caberá a aplicação suplementar da Convenção.

domínio literário, científico e artístico, e o segundo estabelece que não há limitação ao modo ou a forma de expressão das obras. A obra pode ser comunicada ao público de forma oral ou escrita; não cabendo analisar-se o valor artístico ou cultural (qualidade e/ou mérito) de uma obra, tampouco o seu destino (educativo, utilitário ou comercial)⁵⁶. Todavia, por sua vez, tampouco Berna identifica expressamente os requisitos para a proteção autoral. Não há em seu texto nenhuma menção sobre a exigência de criatividade e/ou originalidade.

As “criações do espírito” são aquelas emanadas da imaginação do homem, fundadas na individualidade cultural, extraídas do meio sociocultural, a partir da percepção pessoal do autor. Claude Colombet⁵⁷ elege dois princípios universais: (i) o direito de autor protege a criação de formas, (ii) a forma deve ser original. O doutrinador alerta que para que a forma de expressão criada possa ser considerada original, deve ser reconhecida como obra do espírito, de outro modo, não será matéria do escopo do direito de autor. Antônio Chaves,⁵⁸ ao tratar de autoria, descreve o fenômeno das “obras espirituais”. Para Chaves a autoria é a condição de gerar um filho, um pleito, um crime, uma obra literária, científica ou artística. Ensina que aplicado o vocábulo “obras espirituais”, será o surto e o desenvolvimento de sua ideia literária, artística, científica, filosófica, religiosa, etc., desde a primeira inspiração, sem que dê margem ainda à amparo da lei, até sua ulterior definição, em geral gráfica, por meio de esboços, desenhos, planos, etc., quando então passará a interessar ao direito de autor.

Há farta doutrina e jurisprudência que consideram ser necessária a verificação de traços de personalidade⁵⁹ na elaboração da obra, para se galgar o status de obra protegida. Antonio Chaves⁶⁰ destaca a elaboração misteriosa de uma carga afetiva em que a inspiração e a intuição ficam associadas numa criação imaterial, consciente e voluntária, determinada e concreta, dos fatos e dos sentimentos. Gandelman⁶¹ ensina que obra original, é

56Cf. MASOUYÉ, Claude. op. cit., p. 13.

57COLOMBET, Claude. *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: estudio de derecho comparado*. 3. ed. Madrid: Ediciones UNESCO/CINDOC, 1997. p. 9 e 12. “Una vez aclarado que el derecho de autor protege la forma de expresión, cualquiera que ésta sea, es necesario que la forma creada sea considerada como obra del espíritu, puesto que es la única que la propiedad literaria y artística toma en cuenta.”

58CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual: direito de autor, natureza, importância e evolução*. São Paulo: LTr, 1995. p. 79.

ALENCAR, Eunice Soriano de; FLEITH, Denise de Souza. *Criatividade: múltiplas perspectivas*. 3. ed. rev. e atual. Brasília: Ed. da UnB, 2009. p. 17. “Para a emergência de um novo produto, contribuem, além do conhecimento, tanto certos traços de personalidade como características cognitivas.”

60CHAVES, Antônio. op. cit., p. 80. Em um estudo consagrado à Carta do Direito de Autor de 1956 acaba por descrever os elementos afeitos à criação de espírito, quando afirma que a atividade dos autores não é só um desdobramento de trabalho intelectual, concebido como esforço psíquico, da mesma ordem do trabalho manual.

61GANDELMAN, Henrique. *Direitos autorais*. São Paulo: Senac Nacional, 2004. p. 18.

aquela que tem origem no labor intelectual de seu autor, quando o mesmo exterioriza expressões de ideias e sentimentos, tanto ficcional (romance, poesia, música, artes plásticas) como de matéria referencial (fatos históricos, dados de uma pesquisa). Para Carlos Alberto Bittar⁶² é essencial que se verifique a contribuição do autor em sua organização, escolha e disposição das matérias, enfim, ter caracteres distintivos próprios. A obra deve resultar do trabalho de criação original do autor que possa alçar-se à condição de criação intelectual.

Os critérios para a proteção da obra literária e artística foram descritos pelos países de maneiras distintas nas legislações nacionais, mas estão presentes nos respectivos sistemas jurídicos de forma expressa ou implícita, conforme observa Colombet⁶³. No Brasil, os princípios⁶⁴ basilares do direito de autor estão presentes na doutrina, o que por vezes ocorre tanto nos países pertencentes ao sistema continental da civil law⁶⁵, como nos países pertencentes ao sistema jurídico da common law⁶⁶. A doutrina tem papel fundamental para a correta interpretação da lei de Direito Autoral, discorrendo sobre os princípios e norteando a correta aplicação da lei. Todavia, a doutrina não é considerada

62BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. op. cit., p. 182-184: “A necessidade de existência de elaboração intelectual é pressuposto necessário para a inserção, em seu contexto, da obra criada”. Argumenta que dado o tratamento conferido à matéria pela lei de direitos autorais, com explícita exigência de originalidade para a competente submissão a seu regime protetivo, depreende-se que o elemento central desse sistema é a necessidade de contribuição pessoal do elaborador que, dotada de dignidade intelectual e de autonomia estética, para que possa representar manifestações criativas. É, assim, da reunião dos contornos definidos na lei que se tem como protegida a criação desse nível. Não os havendo, não há que se falar em obra amparável pelo Direito de Autor. Para se fazer protegida, a obra deve ser dotada de originalidade, que é seu requisito fundamental para a proteção legal. (grifo nosso).

63COLOMBET, Claude. op. cit., p. 11, 15.

64NUNES, Rizzato. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 73. Adota-se a posição de Rizzato Nunes que ensina “nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas.” Para este autor os princípios funcionam como verdadeiras supra normas, isto é, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas costumeiras”.

65Sendo a ciência do direito uma ciência normativo-prescritiva, uma vez que conhece e/ou estabelece normas para o comportamento humano. Trata-se de uma ciência de um Direito positivado no tempo e no espaço, como experiência efetiva, sempre relacionada a um campo de experiência social, o que não se contradiz com a adoção de princípios gerais comuns, pois produto de uma experiência histórica comum, tal qual ocorre no caso do Direito de Autor, na relação do Brasil com os países cujas raízes advêm do Direito Romano. Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 17 e Id. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980. p. 12.

66Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Cone, 1999. p. 33 “A *common law* não é o direito comum de origem romana, do qual falamos no parágrafo anterior, mas um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei; numa segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório). O direito estatutário se contrapõe à *common law*, sendo ele posto pelo poder soberano (isto é, o Rei e, num segundo momento, pelo Rei juntamente com o Parlamento).

fonte imediata do direito. De acordo com a Lei de Introdução do Código Civil⁶⁷ (art. 4º), quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Observa-se que a Lei não se refere à doutrina como fonte do direito. Contudo, sendo o ordenamento jurídico brasileiro complexo e hierarquizado, cabendo a cada uma das fontes um valor maior ou menor⁶⁸, e estando a Lei no plano hierárquico maior, por ser fonte direta do poder soberano do Estado. Seria ou não válidos os pressupostos de proteção à proteção autoral uma vez que são intrínsecos à doutrina e não à Lei?

A importância de se discutir sobre as fontes do direito em uma dissertação sobre as obras não protegidas pelo Direito Autoral deve-se ao fato de que se faz necessário investigar se os pressupostos de proteção consagrados às obras literárias, artísticas e científicas são válidos, já que não estão expressos na Lei⁶⁹. Essa questão pode não transmitir de imediato sua importância, já que é possível acreditar que toda a doutrina planetária deva ser uniforme quanto ao critério da *originalidade*. Todavia, o Direito de Autor é territorial⁷⁰, sendo a Lei de Direito Autoral e o Decreto regulamentador da Convenção de Berna, fontes primárias do direito, conforme visto, ambos não trazem norma coercitiva acerca dos pressupostos, e, ainda, não se pode desconsiderar que tampouco cabe à doutrina o status jurídico de fonte do direito.

Porém, vários juristas a consagra com uma relevância equiparada. Uma das razões pela qual se entende que a doutrina não possa ser considerada como fonte do direito é a ausência de uma “estrutura de poder” na sua elaboração, requisito essencial ao conceito de fonte⁷¹. Ocorre que mesmo não sendo a doutrina considerada fonte formal de direito,

67Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, cit., p. 11. A Introdução ao Estudo de Direito é uma ciência introdutória, como a própria palavra está dizendo, ou seja, uma ciência propedêutica, na qual o elemento de arte é decisivo. Quem escreve um livro de Introdução ao Estudo do Direito compõe artisticamente dados de diferentes ramos do saber, imprimindo-lhes um endereço que é a razão de sua unidade.

68BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 162. Considera-se ordenamento jurídico simples aquele no qual existe uma única fonte do direito e complexo aquele no qual existe uma existem várias fontes. Esclarece o autor que é considerado ordenamento hierárquico ou hierarquizado aquele no qual há várias fontes não colocadas no mesmo plano, cada qual com um valor diferente (maior ou menor). Ressaltando-se que há subordinação entre elas.

69Id. Ibid., p. 162-163. “A doutrina juspositivista das fontes é baseada no princípio da prevalência de uma determinada fonte do direito (a lei) sobre todas as outras.” Essa realidade somente é possível em ordenamentos jurídicos complexos, ou seja, aqueles em que são previstas mais de uma fonte, sendo essa a regra.

70De acordo com a Convenção de Berna (Art. 5º, § 3º) a proteção autoral no país de origem é regulada pela legislação nacional do país que publicou a obra pela primeira vez.

71Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, cit., p. 176-177. “Tempos houve, sem dúvida, em que os jurisconsultos foram armados de *jus respondendi*, com força vinculatória, e houve mesmo um “Tribunal dos mortos”, expressão com que se indicava a lista dos grandes jurisconsultos romanos, cujos ensinamentos deviam, obrigatoriamente, ser seguidos na hipótese de divergência na interpretação dos textos ou fragmentos do Direito Romano.” e BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 161 “[...]são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídica. [...]”

esta realidade não impede que a ela se denote “um papel relevantíssimo no desenrolar das experiências jurídicas”. Enquanto as fontes do direito produzem modelos jurídicos, isto é, estruturas normativas, que dado ao caráter obrigatório, disciplinam distintas modalidades de relações sociais; a doutrina produz modelos dogmáticos, esquemas teóricos, cuja finalidade é determinar como as fontes podem produzir modelos jurídicos válidos, o significado de tais modelos e como se correlacionam entre si para compor figuras, institutos e sistemas (modelos de mais amplo repertório). São os denominados modelos doutrinários ou científicos⁷². As fontes do direito quando colocadas num plano hierarquicamente subordinado são conhecidas como fontes de conhecimento jurídico, são aquelas que produzem regras que não têm em si a qualificação de normas jurídicas. Já as fontes que se encontram em um plano superior, conhecidas como fontes de qualificação jurídica, produzem normas jurídicas. O positivismo jurídico sustenta que a lei é a única fonte de qualificação dentro da pluralidade de fontes de conhecimento jurídico⁷³.

Assevera Miguel Reale que sendo a lei a fonte mais geral do Direito, esta não pode atingir sua plenitude de significado sem ter, como antecedente lógico e necessário, o trabalho científico dos juristas e muito menos atualizar-se sem a participação da doutrina⁷⁴. Conclui-se, portanto, que mesmo não sendo a doutrina fonte do direito, é uma das “molas propulsoras”, e a “mais racional das forças diretoras”, do ordenamento jurídico⁷⁵. Neste mesmo caminho segue Tércio Sampaio Ferraz Jr. quando discute o caráter de “fonte da razão jurídica” a qual se revela na doutrina de modo geral. No sistema romanístico, a doutrina dominante não chega a ser considerada como fonte do direito, porém, considera-se irrecusável sua autoridade como base de orientação para a interpretação do direito. “Há, porém, casos de verdadeira construção doutrinária do direito que, embora não possam ser generalizados, apontam para exemplos em que a doutrina chega a funcionar como verdadeira fonte.” A doutrina e a jurisprudência podem ser responsáveis pelo aparecimento de standards jurídicos, fórmulas interpretativas gerais que

72Cf. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, cit., p. 176-177.

73Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 166. E, cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2003. p. 59. Para um jusnaturalista, uma norma não é válida se não é justa; para os positivistas, uma norma é justa somente se for válida. Para uns, a justiça é a confirmação da validade, para outros, a validade é a confirmação da justiça.

74REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, cit., p. 176-177, esclarecendo que a bem ver, os modelos doutrinários ou dogmáticos do Direito envolvem fontes de direito desde a emanção das normas, isto é, desde o momento da produção dos modelos jurídicos prescritivos, até o momento de interpretação e aplicação desses modelos, os quais representa o “conteúdo significativo” produzido ou revelado pelas fontes.

75Cf. Id. *Ibid.*, p. 178. E acrescenta-se “[...] O jurista, quando interpreta um texto e tira conclusões, coordenando-as e sistematizando-as, segundo princípios gerais, visa ao problema da aplicação. É nesse trabalho que consiste principalmente a Dogmática Jurídica.”

uniformizam conceitos vagos e ambíguos⁷⁶ como originalidade. E, ainda, na visão de André Franco Montoro o papel da doutrina pode apresentar destaque nas construções teóricas e elaborações doutrinárias, que atuam sobre a legislação e a jurisprudência, ora pela investigação e descoberta de novas fontes, citando-se os usos sociais obrigatórios e a multiplicidade de ordenamentos jurídicos no dinamismo real das sociedades modernas⁷⁷.

A doutrina consiste em complexos argumentativos, são as chamadas teorias da ciência dogmática do direito (sistematização do ordenamento e sua interpretação), não se confundindo com a teoria no sentido zetético⁷⁸, isto é, aquela que integra sistema de proposições descritivas. Na visão de Tercio Sampaio Ferraz Jr. as proposições doutrinárias podem ser formuladas como orientações, oferecendo ao intérprete e/ou julgador elementos cognitivos suficientes, como esquemas, sistematizações; ou na forma de recomendações, fornecendo fatos, atuais e históricos, experiências comprovadas, tudo transformado em regras técnicas do tipo “se queres x, deve z” ou regras pragmáticas do tipo “visto que deves x, então deves z”, ou ainda, em forma de exortações, que persuadem, apelando a sentimentos sociais, valores, em termos de princípios, máximas em que se exigem o respeito à justiça, ao bem comum, a preponderância do interesse público etc.”⁷⁹

E, por sua vez, tampouco cabe à jurisprudência⁸⁰ a qualidade de fonte formal ou primária do direito. Contudo, é inquestionável o papel de relevo da

76Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 243. “Mesmo assim, são antes fontes mediatas, pois nenhum tribunal sente-se formalmente obrigado a acatá-las. Na verdade, a doutrina, como a jurisprudência, aliás com um grau de objetividade maior, pode ser responsável pelo aparecimento de standards jurídicos, fórmulas interpretativas gerais que resultam de valorações capazes de conferir certa uniformidade a conceitos vagos e ambíguos como mulher, justa causa, trabalho noturno, ruído excessivo etc. Os standards não são normas, são fórmulas valorativas que uniformizam a interpretação dos mencionados conceitos, mas sem a força de fonte do direito.”

77MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1975. v. 2 “[...] É na obra dos juristas que se encontram a origem de inúmeras disposições de lei e a inspiração de julgados que inovam e aperfeiçoam o direito, na sua perpétua procura da justiça. É o caso das teorias da imprevisão, do abuso de direito, do direito social e de muitas outras que tiveram papel decisivo nas transformações do direito moderno.”

78Cf. “[...] que, de um lado, compõem um conjunto lógico de termos primitivos, não observáveis (como, por exemplo, nêutron, elétron) e, de outro, um conjunto de regras que permitem interpretar empiricamente, relacionando a fenômenos observáveis os termos não observáveis (cf. Suppers, 1967) *apud* FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *op. cit.*, p. 84-85.

79 “[...] quando o jurista discute temas como a “nulidade das sentenças”, a “natureza jurídica das convenções coletivas do trabalho”, os “efeitos jurídicos da aparência de direito”, suas teorias (doutrina) constituem, na verdade, um corpo de fórmulas persuasivas que influem no comportamento dos destinatários, mas sem vinculá-los, salvo pelo apelo à razoabilidade e à justiça, tendo em vista a decidibilidade de possíveis conflitos.”

80MONTORO, André Franco. *op. cit.*, p. 90. “A palavra jurisprudência” pode ter, na linguagem jurídica, três significações diferentes: (1) pode indicar a “Ciência do Direito”, em sentido estrito, também denominada “Dogmática Jurídica” ou “Jurisprudência”; (2) pode referir-se ao conjunto de sentenças dos Tribunais, em sentido amplo, e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória; (3) em sentido estrito, “jurisprudência” é apenas o conjunto de sentenças uniformes; nesse sentido, falamos em “firmar

jurisprudência no sistema jurídico por meio de decisões reiteradas, súmulas, enunciados e a própria aplicação da equidade pelos juízes. “A jurisprudência, como a lei, traça uma norma jurídica geral e obrigatória. Mas se distingue da lei por sua maior flexibilidade e maleabilidade.”⁸¹ Em razão de sua efetividade como fonte material do Direito Autoral será analisada com o devido realce⁸².

José de Oliveira Ascensão⁸³ ao realizar o informe geral sobre os questionários recebidos de treze países⁸⁴ constata que em diversos países não existe uma definição legal de obra como objeto do direito de autor. Por outro lado, em regra, salientam-se nas leis os pressupostos à proteção autoral, ora sejam, a originalidade, a dicotomia ideia/expressão, a atividade intelectual (Hungria), a maneira criativa (Japão), a criação de forma original (Bélgica), o caráter individual (Suíça) ou, simplesmente a criação (Suécia). Sendo que, em vários países, o legislador optou pela apresentação de um rol de obras, que pode ser exaustivo ou taxativo. Em alguns países, como Canadá e os Países Baixos, há somente uma lista não exaustiva de obras protegidas. Ressalta ser comum a todos os países a importância do papel da jurisprudência no aprofundamento dos critérios e no estabelecimentos das fronteiras ante as novas situações.

jurisprudência” ou “contrariar a jurisprudência”. E nesta última acepção que se coloca o problema da jurisprudência como fonte do direito.”

81Cf. MONTORO, André Franco. op. cit., p. 90-91, “Podemos, por isso, dizer que jurisprudência, como fonte formal do direito positivo, é o conjunto uniforme e constante das decisões judiciais sobre (sic) casos semelhantes. [...] “é mister que se repita e sem variações de fundo (grifo nosso). [...] “graças a essa flexibilidade, a jurisprudência desempenha importante papel no esclarecimento dos conceitos gerais da norma legislativa e na sua adequação às peculiaridades dos casos concretos”. Por outro lado, o autor comenta que embora reconhecida a importância da jurisprudência na formação do direito, divergem os autores e os sistemas jurídicos contemporâneos na apreciação do seu valor. Este (sic) é considerável para o direito anglo-saxão, que é um direito costumeiro. No sistema latino, de predominância legislativa, seu papel é menos significativo. [...]”

82SEUNA, Christophe. Liberté des idées, faits, concepts, systèmes, aspects fonctionnels. In: INTERNATIONAL LITERARY AND ARTISTIC ASSOCIATION. CONGRÈS (2006 : Barcelona). *Derecho de autor y libertad de expresión. Droit d'auteur et liberté d'expression. Copyright and freedom of expression*. ALAI 2006 Barcelona 19-20 jun. 2006. [S.l.]: Huygens, 2008. p. 303. “La plupart des législations se contentent de disposer que le droit d'auteur protège la "forme", 'l'expression' ou 'toute forme d'expression'. Comme l'ont souligné de nombreux rapports nationaux, la jurisprudence et la doctrine en déduisent que les idées ne sont pas protégées. » A maioria das leis meramente prevê que o direito autoral protege a “forma”, “expressão” ou “qualquer forma de expressão”. Como observado por muitos relatórios nacionais, a jurisprudência e a doutrina é que concluem que as ideias não são protegidas. (tradução nossa).

83ASCENSÃO, José de Oliveira. Libertad de ideas, hechos, conceptos, sistemas, aspectos funcionales, cit.

84São eles: Alemanha, Argentina, Bélgica, Canadá, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, Hungria, Itália, Japão, México, Suécia e Suíça (tradução nossa).

De acordo com a OMPI⁸⁵ a noção de obra aparece em diferentes contextos, e, em particular quando os tribunais têm que decidir se a criatividade envolvida em uma compilação de dados ou outro tipo de informação é suficiente para atingir o critério de originalidade. No referido documento, Henry Olsson⁸⁶, comenta que a Suprema Corte de Estocolmo decidiu não ter uma coleção de receitas e uma coleção de endereços de pessoas originalidade suficiente para compor uma obra literária. Entretanto, a mesma Corte considerou como obras literárias a compilação de números e outras indicações relativas a acessórios elétricos, inicialmente pelo fato de que a compilação foi organizada de acordo com uma estrutura sistemática e um sistema específico⁸⁷.

A originalidade reflete a personalidade do autor manifestada por meio de uma criação peculiar – criatividade⁸⁸. Portanto, para que uma criação intelectual seja protegida pelo Direito Autoral a obra deve conter componentes singulares. Ela deve apresentar características próprias, diferentes de outras já materializadas⁸⁹, mas não necessariamente nova, não se exige o requisito da novidade inerente ao Direito Industrial⁹⁰.

2.4. Originalidade e Novidade: confronto de conceitos

A criatividade⁹¹ pode ser entendida mesmo como uma qualidade pessoal que proporcione a criação de algo novo, incomum, infrequente, aceito como útil e/ou

85Cf. Documento WIPO/IP/JU/Ryd/O4/4, p. 3, preparado a partir da WIPO NATIONAL WORKSHOP FOR JUDGES, organizado pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO) em cooperação com o governo da Arábia Saudita, realizado na cidade de Riyadh, no período de 13-14 de dezembro de 2004. Olsson, Henry. Juiz da Corte de Apelação e Consultor especial do governo do Ministro da Justiça de Estocolmo.

86Olsson, Henry. Juiz da Corte de Apelação e Consultor especial do governo do Ministro da Justiça de Estocolmo.

87Neste caso, perguntou-se, quais seriam as condições para a reprodução da compilação, ou, em outras palavras, quanto da compilação poderia ser usada para se considerar como reprodução, e sobre este ponto o Tribunal decidiu que também as partes protegidas da obra deveriam ser consideradas como cópia sob a condição de que tal parte em si fosse suficientemente original. Cf. Documento preparado a partir da WIPO NATIONAL WORKSHOP FOR JUDGES, organizado pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (WIPO), cit., p. 3.

88BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 42-43. Em sua doutrina, conceitua criatividade como algo novo, como o produto intelectual inserido pelo autor no mundo exterior ou a individualização da representação do pensamento e entende como originalidade os elementos distintivos da obra, ou seja, as características intrínsecas próprias que a distinguem de outras.

89Uma mesma paisagem pode ser pintada com originalidade por distintos artistas. A originalidade deverá ser percebida na forma de expressão de cada pintura, ou seja, nos tons, técnicas adotadas, textura.

90Cf. artigo 8º. da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. “É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.”

91A palavra criatividade não oferece um conceito com a costumeira objetividade almejada pelos engenheiros. Trata-se de um conceito relativo e muito estudado especialmente fora do universo jurídico, e, será a partir da pesquisa multidisciplinar que iremos buscar elencar opiniões que possam nos ajudar a melhor compreender como identificar o ato e fato jurídico da criatividade em uma criação. ALENCAR, Eunice Soriano de; FLEITH, Denise de Souza. op. cit., p. 13-14, 16-18.

satisfatório por um número significativo de pessoas em algum ponto do tempo. Aquilo que apresenta uma nova forma, que denota o seu tempo ou que está além de seu tempo, que foge de clichês⁹² e evidencie avaliação, elaboração e desenvolvimento de um insight original⁹³. Pode, também, ser considerada um conjunto de atributos de personalidade ou concebida como uma habilidade particular de resolver problemas⁹⁴. Interessa relatar que constata-se que caberá sempre o critério comparativo para se reconhecer ou não a presença da criatividade.

A Originalidade é a qualidade da linguagem ou estilo que tem caráter próprio, individual, que não é copiado ou imitado. A originalidade resulta da sinceridade expressiva, de uma grande fidelidade para com o mundo exterior e de um modo de escrever personalíssimo. A originalidade, quando autêntica, pode se tornar inimitável⁹⁵. Ser original é ser singular, apresentar criação própria, não imitada, por vezes até mesmo excêntrica a seu tempo⁹⁶.

Observe-se que trata-se de um conceito com várias nuances. Dada a experiência de diferentes países, demonstrou-se ser equivocada a técnica legislativa que além de prever expressamente ser a originalidade um pressuposto à proteção autoral, crie um conceito legal, engessando a subjetividade natural do que venha a ser original. A

92Cf. RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. *Dicionário de comunicação*. Rio de Janeiro: Campos, 2002. p. 139. “Palavra, expressão ou construção cujo sentido esvaziou-se ou vulgarizou-se por terem sido muito repetidas. O uso de clichês (a menos que intencional, em contexto crítico ou satírico) denota deficiência de estilo do redator. Diz-se Tb. Chavão ou lugar comum, geralmente na mesma acepção. M. Câmara Jr. Distingue estas duas expressões: ‘No chavão revela-se a impotência de um esforço estilístico’ (houve tentativa de maior expressividade, embora frustrada). ‘Quando não há esse esforço, mas apenas o displicente emprego de uma palavra ou construção usual e inexpressiva, tem-se o lugar-comum’. 2. Qualquer situação diegética ou dramática, quaisquer recurso ou efeito expressivo utilizados em literatura ou em qualquer outra forma narrativa, que consistam na repetição abusiva de determinada fórmula, empregada anteriormente pelo mesmo ou por outro autor. Na comunicação de massa, é comum o apelo a clichês, como ingredientes de maior audiência e de maior aceitação por parte do público (v. redundância). É o caso dos happy-ends românticos das telenovelas e fotonovelas, das montagens estereotipadas e das sucessivas repetições de velhos argumentos em produções cinematográficas, etc.”

93Cf. GUIILFORD, J. P. *The nature of human intelligence*. New York: McGraw-Hill, 1967 e (1979) *Way beyond the IQ. Guide to improving intelligence and creativity*. Buffalo, NY: The Creative Education Foundation; MACKINNON, D.W (1964). *The nature and nurture of creative talent* In RIPPLE, R.E. (Org.) *Learning and human abilities: Educational Psychology*. New York: Harper. BARRON, F. (1969). *Creative person and creative process*. New York: Holt, Rinehart & Winston citados por ALENCAR, Eunice Soriano de; FLEITH, Denise de Souza. op. cit., p. 26, o grau de criatividade deve ser analisado proporcionalmente ao grau de originalidade.

94ALENCAR, Eunice Soriano de; FLEITH, Denise de Souza. op. cit., p. 161.

95RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. op. cit., p. 538.

96FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. 2. ed. rev. e aum. 13. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1232-1233. “[...] 3. Que não ocorreu nem existiu antes, inédito, novo. 4. Que foi feito pela primeira vez, em primeiro lugar, sem ser copiado de nenhum modelo. 5. Que tem caráter próprio; que não procura imitar nem seguir ninguém; novo. 6. Que por seus caracteres peculiares, singulares, chega ao ponto de tornar-se bizarro, extravagante. [...]”

adoção do conceito legal pode por em risco a perspectiva de uma boa interpretação e aplicação da lei, pois equivocado⁹⁷.

Newton Silveira⁹⁸ comenta em relação à tutela jurídica e seus requisitos:

Necessário se faz, portanto, que, além do requisito de criatividade, que se expressa pelo conceito de originalidade no direito de autor, resulte esse ato criativo numa obra de certa consistência que possa ser objeto da tutela jurídica.

Silmara Chinellato⁹⁹ relaciona a atividade criativa como pressuposto do reconhecimento e da tutela do direito de autor:

O direito de autor é fundado na criação da obra de engenho ou obra intelectual, denominada “criação do espírito”, na qual ele projeta muito de sua personalidade, razão de haver duas vertentes na composição deste direito: direitos morais – direitos da personalidade – e direitos patrimoniais.

Menciona a autora o destaque conferido por Walter Moraes à personalidade criativa do autor e sua descrição sobre os requisitos à proteção:

Walter Moraes acentua o liame entre a personalidade do autor e sua obra que nela se reflete, afirmando que esse laço essencial que prende a obra ao autor, ou o objeto ao sujeito, resulta em que “a ideia de autoria coincide com a de concernência da obra à personalidade do seu gerador.”¹⁰⁰

[...] Quanto aos requisitos para que uma obra seja protegida, resume-os bem Walter Moraes ao elencar: criatividade, originalidade, exterioridade e que não seja resultado de mero trabalho mecânico.

97Cf. COLOMBET, Claude. op. cit., p. 14: “Se advierte fácilmente, al término de este análisis comparativo, por un lado, que no resulta tan evidente definir la originalidad, por otro, que las leyes de los Estados emplean diversas fórmulas, muchas de las cuales son criticables. Por esta razón, es indudablemente más prudente dejar que las jurisdicciones se encarguen de apreciar, en cada caso, si una obra debe o no beneficiarse de la protección del derecho de autor. [...]”.

98SILVEIRA, Newton. Violações aos direitos patrimoniais – contrafação – danos patrimoniais – exceções oponíveis ao exercício dos direitos patrimoniais, cit., p. 19-20.

99CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*, cit., p. 21-22.

100MORAES, Walter. Autor (Direito de). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 9, p. 269-302. A citação encontra-se na página 272. Apud CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*, cit., p. 23-24.

Jose Carlos Costa Netto¹⁰¹ cita decisão francesa que destaca o reconhecimento da personalidade criativa como pressuposto à proteção autoral:

(a) Personalidade criativa

O abade AUZOU é autor de uma obra de exegese bíblica publicada em seis volumes. Ele reprova o autor de uma obra de vulgarização da Bíblia e numerosos empréstimos à sua obra. Este último sustenta em defesa que a semelhança de planos e de textos da obra litigiosa é apenas aparente e se deve à identidade do tema comum: a Bíblia.¹⁰²

O Tribunal de Grande Instância de Paris decretou a procedência da ação, depois de ter procedido a uma comparação das duas obras, realçando que “a obra do espírito é legalmente protegível do momento em que as ideias expressas, novas ou não, são modeladas numa forma portando o selo da personalidade do autor original a este título e protege dentro da plenitude desta originalidade que concerne, de uma parte, o dinamismo da composição ordenatória de movimentos e vocabulário, de outra parte, o equilíbrio da expressão concluída na forma definitiva”, depois acrescenta que “a exegese bíblica mobiliza uma multidão de conhecimentos filosóficos, históricos, teológicos, invocados, associados, combinados num movimento pensante onde a subjetividade, a fineza perfeição e a sutileza requerem para serem inteligíveis, tanto da propriedade verbal quanto das expressões de concisão; que esta obra é incontestavelmente marcada com a personalidade do autor (...)”.¹⁰³

Newton Silveira¹⁰⁴ confronta os conceitos de originalidade e novidade, e, assim esclarece:

A originalidade deve ser entendida em sentido subjetivo, em relação à esfera pessoal do autor. Já objetivamente nova é a criação ainda desconhecida como situação de fato. Assim, em sentido subjetivo, a novidade representa um novo conhecimento para o próprio sujeito, enquanto, em sentido objetivo, representa um novo conhecimento para toda a coletividade. Objetivamente novo é aquilo que ainda não existia; subjetivamente novo é aquilo que era ignorado pelo autor no momento do ato criativo.” (grifo e sublinhado nossos)

O direito industrial considera como “novo” as criações que não integram o estado da técnica¹⁰⁵, a invenção e/ou o desenho industrial devem ser diferentes daqueles

101COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. Coordenação: Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 2008. p. 83-84.

102Id. Ibid., p. 85.

103Tribunal de Grande Instância de Paris, 9 de março de 1970 (RIDA, outubro, 1970, p. 100) (op. cit., p. 182) apud COSTA NETTO, José Carlos. op. cit., p. 86.

104SILVEIRA, Newton. *A propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Manole, 2011. p. 9.

105Cf. BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário brasileiro de propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1997. p. 99. “O Estado da Técnica é a informação técnica ou o conhecimento acessível ao público até a data do (novo) pedido de depósito da patente, no Brasil, ou no exterior. É um conceito de fundamental

anteriormente depositados no Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI. Por isso, é necessário que a invenção ou o desenho industrial a serem registrados não estejam compreendidos no domínio público. Interessa-nos observar que a novidade pode, por conseguinte, ser apreciada conforme graus diversos. Para a concessão de patentes exige-se uma novidade absoluta, sendo somente considerada nova uma invenção, se jamais tiver se tornado acessível ao público.

A novidade é um dos requisitos necessários para a patenteabilidade das invenções e criações industriais. Uma invenção é considerada nova se, até a data de depósito do pedido de patente, não foi divulgada por qualquer meio, em qualquer parte do mundo (novidade absoluta). No Brasil, a novidade absoluta é aplicada para todos os tipos de patente (de invenção e modelos de utilidade), conforme o art. 11 da Lei 9.279/76, incluindo-se o registro de desenho industrial (§1º do art. 96). Alguns países exigem como requisito para as criações industriais (modelos de utilidade, desenhos e modelos industriais) apenas a novidade relativa. Diz-se novidade relativa a que apresenta limitações quanto à forma de divulgação ou ao espaço territorial em que a divulgação é efetuada, por exemplo: alguns países só consideram a divulgação escrita e a divulgação por uso em seu território¹⁰⁶.

Em matéria de marcas, a exigência da novidade é relativa e sua apreciação bem menos rígida, se restringindo a questões decorrentes do princípio da anterioridade. É suficiente que o sinal a ser depositado, ou algum outro semelhante, não esteja sendo utilizado na mesma época, por um concorrente do mesmo setor ou classe de atividade. Se, futuramente, por qualquer motivo, o titular da marca vier a perder seu direito, e esta marca

importância para a propriedade industrial, especialmente para a concessão de patentes de invenção e modelo de utilidade (ver art. 11 e §§ da Lei nº 9279/96). A divulgação de informações técnicas, para efeitos de caracterização do Estado da Técnica, compreende, indistintamente, todo o tipo de publicidade, através da disseminação oral ou escrita, para uma utilização definida ou por qualquer outro meio, *incluindo o uso*. Portanto, a novidade exigível para a proteção da propriedade industrial, mais especificamente para a legislação de patentes, deve ser absoluta ou mundial. O Estado da Técnica deverá ser levado em consideração no momento da avaliação técnica que decidirá, na esfera administrativa competente, se existe atividade inventiva no pedido de privilégio. Este conceito de Estado da Técnica é dominante na maioria absoluta das legislações sobre propriedade industrial e constitui o parâmetro legal caracterizador da novidade, um requisito mínimo para que uma invenção seja suscetível de receber a proteção patentária associada à questão da atividade inventiva e da aplicação industrial.”

106Cf. BASTOS, Aurélio Wander. op. cit., p. 180-182. “Entretanto, com vistas a uma melhor utilização da terminologia jurídica, respeitando as evoluções da dogmática na matéria, o termo novidade dever-se-á aplicar de forma mais apropriada a invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais. Constituindo um dos requisitos da patenteabilidade (associada à atividade inventiva e à aplicação industrial – art. 80 da Lei nº 9.279/96), a Novidade estará caracterizada com respeito a uma regra técnica (ou a uma invenção, quando for o caso), sempre que esta última não esteja compreendida no estado da técnica (veja Lei nº 9279/96, art. 95 – Registro de Desenho Industrial, art. 11 – Invenção e Modelo de Utilidade).”

tornar-se esquecida ou abandonada, nada impede que outra pessoa a utilize. Da mesma forma, nada obsta ao emprego paralelo da mesma marca por fabricantes de produtos completamente diferentes e, portanto, inconfundíveis, exceto para marcas notórias ou de alto renome¹⁰⁷.

Definir-se o grau¹⁰⁸ de originalidade exigida é especialmente complicado, e, no nosso entender, pode ser até mesmo contraditório à exigência de originalidade, e até mesmo se confundir com o conceito de novo e/ou novidade. Sendo o elemento “originalidade” pressuposto à proteção das obras literárias, artísticas e científicas, não se deveria classificá-la, afirmando-se não ser necessário que seja absoluta, ou que possa ser relativa¹⁰⁹. Absoluto é aquilo que não depende de outrem ou de uma coisa, que é independente. Nos parece que desconsiderar a necessidade de originalidade absoluta, seria uma tentativa de se fugir de uma análise meritória ou qualitativa, conceitos que não podem ser confundidos pelo intérprete. Se a originalidade advém da percepção da individualidade criativa¹¹⁰, o que denota uma particularidade, a pessoalidade, acreditamos que relativizá-la seria o mesmo que desconstruí-la. Ser mais ou menos original, ser medianamente original? Não. É preciso ser original ou não ser original.

Entendemos que o intérprete deverá buscar na multidisciplinariedade os critérios objetivos para qualificar uma obra como original ou não, ou seja, se a obra investigada for um soneto, o perito precisará ser qualificado em literatura, talvez até mesmo com especialização no determinado gênero literário. O intérprete (juiz ou o advogado), em muitos dos casos, precisará trabalhar em conjunto com expertos em artes, música, cinema, literatura e jamais um engenheiro ou um advogado que não tenha formação complementar no gênero da obra investigada. Ignorar-se tal necessidade diminui,

107Cf. BASTOS, Aurélio Wander. op. cit., p. 180-182.

108FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit., p. 865. [...] 1. Cada um dos pontos ou estágios sucessivos de uma progressão. 11. Posição relativa acima ou abaixo de determinado ponto; nível: O grau de aproveitamento dos alunos foi baixo. 12. Fig. Classe, categoria, ordem: Camões é poeta do mais alto grau; É um ato de ínfimo grau. 13. Fig. Gradação, nível, estágio, passo: Conheceu todos os graus do sofrimento.

109Pode se observar uma certa tendência a se relativizar o critério de originalidade, cf. Observa-se no relato de ASCENSÃO, José de Oliveira. *Libertad de ideas, hechos, conceptos, sistemas, aspectos funcionales*, cit.: Em geral, o nível de originalidade exigido é muito baixo. Vale a pena o debate sobre uma eventual maior exigência de originalidade nas artes aplicadas, citou-se como exemplo os relatos da Alemanha, Argentina e Espanha. (tradução nossa)

110ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 51-52. Ademais, diz Ascensão que, tradicionalmente, a **individualidade** é requisito de proteção da obra, devendo imprimir a marca de seu autor; todavia, assinala que “o movimento de banalização do Direito de Autor, que temos referido, levou a pôr em causa também este requisito” Cita Strömholm que propôs recentemente que se abandonasse a apreciação positiva da individualidade e nos limitássemos a verificar se havia um *Spielraum* em que a obra se tivesse desenvolvido, portanto um espaço em branco em que ocorresse uma criação. Assim, o que resultasse de condicionamentos técnicos não seria uma obra.

em regra, a eficiência da prestação jurisdicional, e a formação de jurisprudência qualificada.

2.5. Obra literária, artística e científica

Sob o ponto de vista artístico, uma obra constitui, especificamente, um objeto tátil, material, definitivo e permanente, que resulta de um trabalho técnico e espiritual (um texto, uma composição pictórica, um filme, uma escultura, uma edificação arquitetônica ou uma partitura musical). Com este significado, difere de uma ação artística, cuja visualização ou execução depende de uma interpretação oferecida em ato, ou seja, de movimentos, ritmos ou acréscimos formais que podem modificar o resultado (encenações dramática ou coreográfica, concerto etc). Comumente, no entanto, aplica-se a ambas as formas a denominação de obra, tanto quanto a qualquer produção artesanal ou espiritual (obra filosófica, histórica ou genericamente científica) ¹¹¹.

Do ponto de vista jurídico, é possível admitir-se que a expressão “obra” traduza uma realidade incorpórea exteriorizada de alguma forma, ainda que sem suporte físico, se perceptível ao ser humano. A exteriorização pode até mesmo ser somente imaterial, desde que seja perceptível aos sentidos do ser humano, o que justifica caber direitos de autor sobre o corpo místico da obra - parte incorpórea e independente do direito de propriedade, este inerente aos suportes físicos – corpos mecânicos que fixam ou comunicam o conteúdo místico ¹¹².

O Conselho Nacional de Direito Autoral foi provocado a se manifestar se cinco folhetos sob o título “Conjunto Normativo para Segurança”, contendo textos de instruções para uso de extintores de incêndio, deveria ser reconhecido como obra literária.

111CUNHA, Newton. op. cit., p. 473. E, vide, ainda, Id. Ibid., p. 39. “Qualquer objeto ou ente sofre modificações, súbitas ou graduais, ao longo do tempo, sem que haja interferência da atividade humana, ou seja, apenas por motivos naturais. Já um processo pensado, isto é, espiritualmente concebido, revela um conjunto de faculdades humanas que agem simultaneamente, mesmo que as “dosagens” empregadas possam ser bastante diferenciadas: intuição, imaginação ou representação de imagens (isto é, o fato de sermos afetados por coisas ausentes, tornando-as presentes), emoção (ou o sentimento de ressonâncias íntimas), vontade, pensamento (entendimento ou reflexão racional sobre a atividade imaginativa), seleção ou escolha de elementos. E essa conjugação de faculdades determina um universo próprio de *significações* que só pode ser percebido na obra (ou ação) – uma exigência indispensável do processo artístico. **A arte, portanto, determina-se pela criação de uma forma ou estrutura física artificial, na qual se fundem conteúdos psíquicos e intelectivos de ordem subjetiva, envolvidos, no entanto, pela objetividade do mundo sociocultural.**” (negrito nosso)

112ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 31.

A deliberação sob a relatoria de Cláudio de Souza Amaral foi negativa, dada a constatação de ausência de originalidade - enquadramento como criação de espírito convenientemente exteriorizada, decisão fundamentada na doutrina de Henry Hessen que considera ser a originalidade a condição *sine qua non* para o reconhecimento da obra como produto da inteligência criadora.

Só a criação personalíssima permite o nascer de uma obra intelectual com originalidade. A originalidade, porém, será sempre essencial, pois, é nela que se consubstancia o esforço criador do autor, fundamento da obra e razão da proteção. Sem esforço criador não há obra, e, por conseguinte, não há proteção¹¹³.¹¹⁴ A citada decisão administrativa muito bem ilustra a função dos mais basilares princípios do direito de autor. O CNDA em muito colaborou para o aperfeiçoamento da interpretação da Lei 5.988 de 1973, na resolução extrajudicial de conflitos, e consequente formulação de doutrina e jurisprudência especializadas.

Tanto para a Convenção de Berna, como para a Lei 9.610 de 1998, todas as formas de expressão devem ser protegidas indistintamente à sua destinação, qualidade ou mérito. Entretanto, um sistema jurídico não é composto apenas da lei especializada, e do tratado internacional que a influenciou. O sistema é mais amplo, e, por essa razão, não nos parece correto afirmar que toda forma de expressão, ainda que exemplificada no rol do artigo 7º deva de pronto ser considerada obra literária, artística ou científica. Estas para se abrigarem sob o sistema do Direito de Autor deverão ter forma original e função estética destacável no caso da presença também da função utilitária.

Sobre a proteção das obras científicas, destacam Oliveira e Willington¹¹⁵ que “não restam dúvidas quanto ao acolhimento no Direito Autoral dos projetos relativos à geografia, topografia, engenharia, arquitetura e cenografia”. Porém, pairam dúvidas sobre a melhor interpretação a ser dada ao termo ciência. Os autores se socorrem das decisões administrativas do Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA para adotar a corrente que confere ao termo “ciência” o significado referente ao campo da ciência *stricto sensu*.

113 Deliberação nº 31 – 1ª Câmara, Aprovada em 27.05.1981 Processo nº 616/80. Interessado: Gilberto Blas Bifulco. Assunto: Pedido de Registro do “Conjunto Normativo para Segurança”. Relator: Cláudio de Souza Amaral in Deliberações do Conselho Nacional de Direito Autoral. 1980-81, 3º Ed. Revisada, Minc/CNDA: Brasília, 1984 *apud* JESSEN, Henry. *Direitos intelectuais*. Rio, de Janeiro: Ed. Itaipu, 1967. p. 55.

114 O CNDA – Conselho Nacional de Direito Autoral em muito colaborou para a interpretação da Lei 5.988 de 1973, em vigência durante sua existência, oferecendo decisões administrativas importantes que hoje podem compor a doutrina de Direito de autor.

115 OLIVEIRA, J. N.; WILLINGTON, J. *Anotações à Lei do Direito Autoral: Lei 9.610/98*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 26-27.

Podem ser considerados como obra científica os livros ou escritos que contenham, a expressão, elucidação ou crítica dos resultados, real ou pretendidamente, obtidos pela ciência, em todos os seus ramos, inclusive as obras didáticas e as lições de professores. Constitui crime violar direito de autor de obra científica¹¹⁶. Já em 1979, no Supremo Tribunal Federal, concluiu o Ministro Cordeiro Guerra¹¹⁷, em discussão sobre os limites de citação de obra científica no bojo de bula de remédio pela legitimidade da referencia feita na bula ao trabalho científico, independente de remuneração, posto que o Direito Autoral, nos trabalhos científicos protege as formas de expressão, e não as conclusões científicas ou seus ensinamentos, que pertencem a todos, no interesse comum.

116Cf. OBRA Científica. *JusBrasil*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/288846/obra-cientifica>>. Acesso em: 12 ago. 2012. E, vide decisão: DIREITO AUTORAL Pedido de indenização por danos materiais e morais Ação procedente em parte Reprodução indevida de obra científica (curso apostilado de telemarketing) [...] (9098507672005826 SP 9098507-67.2005.8.26.0000, Relator: João Carlos Saletti, Data de Julgamento: 26/07/2011, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/08/2011) e a decisão: [...] AÇÃO DECLARATÓRIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. [...] USO INDEVIDO DE OBRA CIENTÍFICA EM 'SITE' ESPECIALIZADO. CASO DECONFIGURAÇÃO DE PLÁGIO. CULPA CARACTERIZADA. DANO EXISTENTE. AÇÃO PROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. INDENIZAÇÃO. DIREITO AUTORAL. DANO MORAL. [...]. (9129811842005826 SP 9129811-84.2005.8.26.0000, Relator: Vito Guglielmi, Data de Julgamento: 29/09/2011, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/10/2011).

117STF. 2ª TURMA-RJ, 1979. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO* nº 68.705-9 RELATOR: MINISTRO CORDEIRO GUERRA. RECORRENTE: CYANAMID QUIMICA DO BRASIL LTDA. RECORRIDO: AROLDO MINITI E OUTRO.

3. CRIAÇÕES NÃO PROTEGIDAS

3.1. Limitações, exceções e obras não protegidas: peculiaridades

A **palavra limitação** traduz o ato ou efeito de limitar, restrição, contenção, redução, diminuição, modificação, exceção, determinação, fixação. Insuficiência, **característica do que apresenta um limite**, o que estabelece as proporções de um bem ou de uma conduta, delineando sua menor ou maior amplitude, da qual não poderá sair.¹¹⁸ Sendo que a expressão limitação de direito corresponde à restrição legal ou contratual ao exercício de um direito¹¹⁹. Enquanto para a Teoria geral do direito o termo exceção pode significar um ato pelo qual se opera **a exclusão de um caso de uma norma geral**, em razão do disposto numa outra norma de caráter especial; caso em que se dá a exclusão do comando da norma geral; ato pelo qual se alega uma circunstância particular para retirá-la da égide da norma geral e aplicar-lhe uma especial. E, para o Direito Civil pode se considerar que é **aquilo que se desvia da regra**, tratando-se de privilégio ou prerrogativa¹²⁰.

A doutrina entende que o instituto “exceções aos direitos de autor” é uma espécie do instituto “limitações aos direitos de autor”. Quanto ao segundo instituto, aplica-se aos casos em que se ocorre a restrição justificada às situações especiais da interrupção (temporária) do exercício dos direitos de autor em razão do interesse geral e/ou coletivo e/ou público, conforme os previstos nos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610 de 1998¹²¹.

118Cf. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3, p. 148.

119Cf. Id. *Ibid.*, p. 149.

120Cf. Id. *Ibid.*, p. p. 522.

121Quanto às limitações aos direitos autorais vide: Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários; II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou; V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais,

Enquanto o instituto das “exceções” cuidaria das derrogações, das criações e obras não protegidas pelo Direito Autoral.

As limitações aos direitos autorais têm sido bastante debatidas em razão das novas tecnologias e da chamada sociedade de informação; se por um lado, apresentam um incrível e surpreendente universo de compartilhamento instantâneo entre pessoas de diferentes partes do mundo, favorecendo, inquestionavelmente à difusão da informação e à ampliação do conhecimento e da cultura, por outro lado, há de serem observadas as fronteiras dos usos justos, aqueles que não demandam autorização prévia, respeitando-se a regra dos três passos.

Com o objetivo de reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional mediante a garantia do respeito à proteção dos direitos de propriedade intelectual, nasce o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – ADIPIC ou conforme nomenclatura adotada pelo Brasil Acordo TRIPS – *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

O TRIPS é parte integrante do anexo (1C) do acordo de Marraqueche, um dos documentos da Ata Final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai do GATT, assinada pelo Brasil nesta cidade, em 12 de abril de 1994, tendo entrado em vigor em 01 de janeiro de 1995.

As normas do Acordo TRIPS têm natureza de um tratado-contrato. São destinadas aos Estados-partes, ou seja, aos governos e não aos indivíduos, como ocorre com os tratados-lei¹²². Diferentemente de um tratado-lei que gera eficácia diretamente sobre a sociedade. Cita-se como exemplo, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Estas, quando ratificadas pelo Brasil, produzem eficácia de seu conteúdo normativo sobre os jurisdicionados, assim como as Convenções de Berna e Roma.

exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização; VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro; VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa; VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito. Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.

122BASSO, Maristela. O Regime Internacional de Proteção da Propriedade Intelectual da OMC/Trips. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). *OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Ed. Aduaneiras, 2002. p. 159.

O artigo 13 do TRIPS reafirma os princípios da Convenção de Berna: “(...) os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem sem justificação os interesses legítimos do titular de direito”.

Desta forma, depreende-se do texto do referido Acordo o respeito à autonomia de cada país para legislar sobre os contornos das limitações ao direito exclusivo de autor, obedecendo-se também a “Regra dos Três Passos”¹²³, assim como ocorre na Convenção de Berna¹²⁴.

Maristela Basso¹²⁵ justifica a transposição/repetição do “Teste dos Três Passos” da Convenção de Berna para o Acordo TRIPS da OMC em função da extensão conferida pelo TRIPS, que expande o escopo de aplicação do “Teste dos Três Passos” para todas as limitações aos direitos exclusivos dos titulares de direitos autorais, ou seja, mesmo as limitações explicitamente arroladas na Convenção de Berna – as chamadas exceções¹²⁶ *jure conventionium* – deverão ser avaliadas pelo “Teste dos Três Passos” antes de serem observadas no caso concreto.

Constata-se, por outro lado, que o TRIPS tenta legitimar uma tendência natural da valorização econômica pela condescendência à flexibilização de direitos. Os países em desenvolvimento, na qualidade de estados-membros do Acordo, foram conclamados à alteração de suas legislações internas para se uniformizarem a padrões mínimos, sendo, entretanto, necessário assegurar-se a soberania dos governos para a execução de suas políticas públicas. Trata-se de importante desafio.

Todas as leis de direitos autorais e *copyrights* contêm limitações e/ou exceções aos direitos autorais. No sistema da *common law* essas limitações são em

123“Regra dos três passos” é o nome dado à regra que estabelece as exceções e limites de aplicação dos direitos de propriedade intelectual. Ela teve origem na Conferência de Estocolmo de 1967, no então recém-introduzido direito de reprodução. Com a consagração deste em 1971 na Conferência de Paris. Tal regra passou a fazer parte do texto da Convenção de Berna.

(1ºpasso) em certos casos especiais

(2ºpasso) desde que essa reprodução não prejudique a exploração normal da obra

(3ºpasso) nem causasse um prejuízo injustificado aos legítimos interesse do autor

124Convenção de Berna regulamentada internamente pelo Decreto n. 57.125, de 19 de setembro de 1965, Convenção internacional para a proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. “Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.” Cf. art. 9 (2).

125BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da Regra dos Três Passos (Three-step-test). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, 2007.

126Note-se que a nomenclatura é adotada como sinônimo de limitações.

algumas ocasiões expressadas como *fair use* ou *fair dealing*, enquanto que na jurisdição da civil law as limitações são mais específicas e mais detalhadas.

Encontram-se no tempo, os limites naturais sofridos pelos direitos autorais. O prazo de duração para a exploração exclusiva de sua faculdade patrimonial se estabelece como regra geral, na lei brasileira, por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor, obedecida a ordem sucessória da lei civil¹²⁷, no caso de coautoria, contado do último falecimento¹²⁸.

Além das obras perante as quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, inseridas no domínio público, incluem-se as obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores, bem como as de autor desconhecido, ressaltando-se, na forma da lei, os conhecimentos étnicos e tradicionais¹²⁹.

A partir das pesquisa doutrinária foi constatado que: i) a doutrina adota a terminologia “exceções” para cuidar das “limitações aos direitos autorais”, ii) é bastante rarefeita a manifestação doutrinária acerca das criações não protegidas. Por essa razão, a despeito da proposta de título originalmente conferida à presente dissertação, verificou-se a partir da pesquisa realizada, ser pertinente também propor a reflexão de terminologias peculiares, porém distintas: “criações não protegidas” e “obras não protegidas”. As criações não protegidas não alcançam o *status* de obra por ausência do preenchimento dos pressupostos à proteção autoral. São criações que não chegam a ser consideradas obras literárias, artísticas ou científicas, e, por isso não são protegidas. Enquanto que, o que ocorre com as “obras não protegidas” é a suspensão da eficácia do sistema de Direito Autoral para elas, de acordo com princípios de ordem pública, que buscam harmonizar o ordenamento jurídico, que é composto por diferentes sistemas, para que este possa satisfazer as necessidades do ser humano em sua plenitude.

127Cf. Arts.41, 43 da Lei 9.610 de 1998. Conta-se da divulgação da obra audiovisual e fotográfica, cf. art. 44.

128Cf. Art. 42 da Lei 9.610 de 1998.

129Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 79. O autor traz uma crítica à expressão domínio público: “Acrescentemos ainda que em qualquer caso a expressão “domínio público”, embora tradicional mente utilizada, é má, pois cria a confusão com o regime particular de certos bens de entes públicos, também tradicionalmente chamado domínio público. Aliás, o domínio público em relação à obra não representa nenhum domínio ou propriedade, mas simplesmente uma liberdade do público.”

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*, cit., p. 24. “[...] é mister salientar a diferença de linguagem técnica entre o Direito de Autor e o Direito Administrativo, pois enquanto para este, domínio público se refere ao patrimônio do Estado – seja integrado por bens dominicais ou por bens de uso comum do povo – para aquele significa *res communis omnium*, hipótese que ocorre quando decorreu do prazo de proteção da obra, quando autores falecidos não deixam sucessores e no caso de autor desconhecido, conforme o art. 45 da Lei n. 9.610/98”.

A obra “Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações)” de Eduardo Vieira Manso¹³⁰ discute o assunto proposto com ênfase nos dispositivos relativos a limitações do exercício de direitos autorais, conteúdo, hoje, compatível aos artigos. 46 a 48 da Lei de Direito Autoral. E, somente em segundo plano, o autor traz à tona o tema das exceções, hoje, correspondente ao conteúdo tratado pelo artigo 8º. da Lei autoral, objeto em questão.

O conceito proposto por Manso pressupõe que no termo “limitações” estão contidas as criações não protegidas pelo Direito Autoral, também conhecidas por exceções. Este define como “limitações genéricas”: i) aquelas que decorrem da **exclusão** de algumas obras do campo de atuação do direito autoral, ii) que derivam da **não inclusão expressa de certas prerrogativas** de exploração econômica das obras intelectuais, iii) que se enquadrem no conceito das *petites reserves* não diretamente acolhidas nas convenções propriamente ditas, mas que são verdadeiras proposições de intenção figurando nos relatórios das conferências de deliberação sobre aquelas Convenções.

E, de forma implícita, José de Oliveira Ascensão¹³¹ critica a confusão terminológica existente no momento em que afirma não caber o trato do tema “obras não protegidas” no capítulo consagrado às “limitações”: “Também não é de imputar a um capítulo de limites ou restrições ao direito de autor a própria existência de obras não protegidas¹³². Destas falamos já, em capítulo anterior. Agora interessam-nos os casos de obras protegidas, sim, mas em que, por força de regra especial, certas utilizações, que normalmente seriam vedadas, passam a ser livres.” Importa citar a classificação proposta pelo autor¹³³, nos seguintes termos: i) **limitações intrínsecas** - aquelas próprias do direito de autor; ii) **limitações extrínsecas** - as fundadas em noções de ordem pública, que atinjam o exercício dos direitos, excluindo-os ou limitando-os.

Por sua vez, Eliane Y. Abrão¹³⁴ entende que o interesse público se exterioriza na lei de direitos autorais mediante as exceções, com a designação de limitações aos direitos autorais que visam atender o princípio da livre utilização e o interesse coletivo. Comparando-se o instituto “limitações” com de “obras não protegidas”, a autora propõe a

130MANSO, Eduardo J. Vieira. op. cit., p. 94.

131ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 257.

132Id. loc., cit. Por se colocar no ponto de vista oposto, como resulta do próprio título da obra, Wistrand, *Les exceptions*, reúne obras não protegidas e utilizações livres numa exposição, essencialmente de direito comparado, em que analisa figuras que classicamente surgem neste domínio.

133Id. Ibid., p. 256-257, 269-270.

134ABRÃO, Eliane Y. Direito autoral e propriedade industrial como espécies do gênero propriedade intelectual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 739, p. 86, maio 1997.

terminologia “isenções” para o trato da excepcionalidade assegurada às obras intelectuais protegidas pelo direito de autor, que por expressa disposição legal garanta o uso parcial ou integral destas, independentes de prévia ou expressa autorização de seu criador e/ou licenciante e/ou titular. Enquanto que para designar o conteúdo fora do “campo das obras protegidas”, propõe a aplicação da terminologia “**imunidades**”.¹³⁵

José de Oliveira Ascensão faz uma crítica sobre a utilização do termo “limites”, em razão de compreender que todo o direito é constituído por regras positivas e negativas, não havendo direito de propriedade absoluta. Nas palavras do autor: “Na realidade, assim como não há que se falar de uma propriedade absoluta, também é deslocado partir do pressuposto de um direito de autor ilimitado¹³⁶”.

Concluem Drummond e Rogel¹³⁷ que, pela natureza do direito subjetivo do direito autoral, este encontra limites decorrentes (i) da colisão com outros direitos e (ii) genéricos ou institucionais resultantes da necessidade de seu exercício conforme a boa-fé e da proibição de uso do mesmo.

3.2. Criações não protegidas

Nem toda a criação do intelecto humano receberá guarida da proteção da Lei de Direito Autoral, ainda que, contenha os pressupostos à proteção autoral. O Estado Democrático de Direito, fundamentado em princípios constitucionais, deverá excepcionar a aplicação da norma ordinária, de forma incidental, ou seja, no corpo legislativo, ou, posteriormente, caso a caso, na melhor aplicação da norma, por meio da jurisprudência.

135Id. Ibid., p. 145. “Dentro do universo de obras intelectuais, encontramos as que são protegidas pelo direito de autor, e as que não o são. Partindo do campo das obras protegidas, veremos que, em alguns casos excepcionais, e por expressa disposição legal o uso parcial ou integral delas independe de prévia ou expressa autorização de seu criador, como é regra neste instituto. Fora do campo das obras protegidas, não há que se falar em autorização prévia, não pelas exceções, mas em função da própria natureza destas obras. O primeiro grupo forma o campo das isenções ao princípio da autorização prévia, e o segundo, o das imunidades.”

136Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 286. O autor defende que: “Todo o direito se desenvolve em certa esfera, marcada por lei por regras positivas ou negativas. Estas regras negativas são elementos constitutivos da atribuição e m que o direito de autor se cifra, tanto como as regras positivas. Não tem nomeadamente sentido considerar limites ao direito de autor as regras que fixam a sua duração. É uma distorção partir do princípio de um direito de autor tendencialmente perpétuo, que a lei viria extrinsecamente limitar. O direito de autor é intrinsecamente temporário; a regra relativa à duração é uma regra sobre a atribuição, não uma restrição ao direito.”

137VIDE, Carlos Rogel; DRUMMOND, Victor. *Manual de direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 89.

O Direito deve sempre buscar colaborar com o desenvolvimento pleno do ser humano e da sociedade. Nenhum sistema jurídico pode contrariar princípios basilares do direito, o princípio da dignidade humana¹³⁸, norteador de todo o sistema jurídico, o qual, paulatinamente, inspirou e transformou todos os ramos do Direito, regra da qual não se excepciona o Direito de Autor.

Desta forma, é possível se afirmar que as criações intelectuais, ainda que dotadas de forma de expressão original, devem ser alijadas do sistema de Direito Autoral pelo legislador, sempre que observada a superveniência do interesse público, do interesse social de forma perene e não temporal.

Importa à classificação de uma criação como obra literária ou artística ser dotada de originalidade; sendo irrelevante sua qualidade ou mérito (seja boa, seja má, pouco imaginativa ou não). João Henrique da Rocha Fragoso¹³⁹ elucida que o que torna a obra original não é a novidade da temática, mas sim **a composição ou o modo de expressão**. O requisito “originalidade” é indispensável à concessão da tutela autoral à criações de seres humanos, pois é na forma de expressão original que se consubstancia o esforço do autor, fundamento da obra e razão da proteção.

Desta forma, concluímos ser a expressão “criações não protegidas” mais adequada como terminologia, tendo em vista a adoção quase que unânime da doutrina das expressões limitações e exceções como sinônimo, bem como entendemos também ser inadequada a expressão obras não protegidas, tendo em vista o conceito da palavra “obra”, pois muitas das criações não protegidas, não são obras, e assim, nos parece ser a expressão criações não protegidas, mais abrangente e mais apropriada, por poder integrar as obras excluídas pela Lei, como também as criações que não são obras e que também não encontram guarida na proteção pelo Direito de Autor.

138Cf. Inciso III, do art. 1º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CFRB).

139FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral*: da antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 116.

3.3. Artigo 8º: rol taxativo ou exemplificativo

A Lei 9.610 de 1998 exemplifica em seu artigo 7º as obras protegidas por Direito de Autor, o que se pode afirmar em vista da expressão adotada “tais como”, portanto trata-se da técnica legislativa de cláusula exemplificativa (*numerus apertus*), enquanto, o artigo 8º é compreendido como taxativo, exaustivo ao definir as obras não protegidas, pautado pela expressão “as quais são”: I - As ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais, II - Os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios, III - Os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções, IV - Os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais, V - As informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas, VI - Os nomes e títulos isolados, VII - O aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.

Oliveira e Willington ¹⁴⁰ buscam esclarecer que o artigo 8º é de suma importância, por dirimir as dúvidas que pairavam sobre a matéria. E, reconhecem que, apesar da existência de pacíficas doutrina e jurisprudência quanto a não proteção das ideias, métodos, sistemas e projetos, não havia previsão acerca das demais hipóteses estabelecidas no artigo. Baseados na larga experiência à frente do Escritório de Direitos Autorais da Fundação Biblioteca Nacional, acompanhados pela doutrina majoritária, acreditavam os autores que o conteúdo de tal artigo, em contraposição ao do artigo 7º, é taxativo, ou seja, somente esses trabalhos elencados não são protegidos pelo Direito Autoral. O art. 8º traria uma exceção à regra geral, que é de ampla proteção à criação intelectual.

Após a leitura do referido dispositivo, o intérprete é levado a chegar a conclusão de que todas as obras não protegidas estão taxativamente previstas no corpo do Art. 8º, pois, não foi adotada expressão a exemplo de “tais como”, como técnica legislativa clara a se poder de pronto identificar um rol não taxativo. Entretanto, o intérprete poderá observar que nos parágrafos do Art. 7º podem ser observadas exceções implícitas, regulamentadas pelo legislador.

140OLIVEIRA, J. N.; WILLINGTON, J. op. cit., p. 17-18.

Neste sentido Silmara Chinellato assinala que a originalidade é pressuposto fundamental, implícito para que qualquer obra venha a ser protegida, dizendo que “por tal razão, não é taxativo o rol de obras excluídas da proteção autoral pelo art. 8º da Lei 9.610/1998, reputado meramente exemplificativo.”¹⁴¹.

Nestes termos conclui:

Assim, todas as obras ali elencadas, a priori não gozam da tutela da lei, mas qualquer outra obra que não tenha originalidade também não será por ela abrigada, circunstância a ser apurada em cada caso concreto.

Ainda, rebate a interpretação literal do art. 7º que admite de plano serem todas as criações ali previstas protegidas, aleatoriamente a observância dos pressupostos de proteção.

E assim, destaca:

Embora o elenco do art. 7º da Lei 9.610/1998 não seja taxativo, mas meramente exemplificativo, nem toda obra é passível de ser abrangida pelo direito de autor porque nela não se reconhece a necessária criatividade apta a ser protegida como direito intelectual, não obstante possa, em tese, ser tutelada de outra forma, por diferentes normas que não as de direito de autor.

José de Oliveira Ascensão¹⁴² discorre sobre quatro situações nas quais pode haver obra literária ou artística e inexistir a proteção do direito de autor, a saber: (a) as que nunca foram protegidas¹⁴³; (b) as que escapam ao âmbito de proteção da lei brasileira¹⁴⁴; (c) de domínio público¹⁴⁵; (d) enumerada em regra especial que exclui a proteção¹⁴⁶. Além destas, acrescentaríamos, ainda, as sentenças, acórdãos, as chamadas obras públicas.

141CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio, cit., p. 311.

142ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 79.

143Como exemplo, cita-se as obras de Padre Antônio Vieira.

144Obras publicadas por autor estrangeiro, em que o país de origem não é membro de nenhuma convenção internacional. Assim, se a obra for publicada no Brasil, sobre ela não recairá a proteção da lei brasileira de Direito Autoral, sendo livre sua utilização.

145Aqui lê-se o domínio público inerente a cessação do direito a exploração exclusiva do autor e/ou titulares de direitos patrimoniais.

146ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 79.

3.4. Criações excluídas pela Lei 9.610 de 1998

3.4.1. Ideias

A palavra ideia¹⁴⁷ pode ser compreendida como a representação imaterial, abstrata, ou o objeto interiorizado do pensamento. Entre os diferentes filósofos citados por Newton Cunha, nos diversos conceitos apontados para ideia, interessa destacar a referência ao pensamento de Schopenhauer¹⁴⁸, o qual distingue a ideia do conceito. “Para o autor, a ideia constitui o representante adequado do conceito, mas o expressa de modo intuitivo e concreto. Assim, enquanto o conceito é puro e abstrato, a ideia, por mais que diga respeito a uma infinidade de coisas particulares, é determinada em seus aspectos. Por isso mesmo, a ideia, sobretudo no âmbito das artes, torna-se mais difícil de ser comunicada. Ela só se deixa apreender sob um aspecto particular, sob uma imagem intuitivamente concebida (pelo autor) ou captada (pelo espectador, ouvinte, leitor). Daí que, em suas palavras, a ideia, “uma vez concebida e expressa na obra de arte, só se revela a cada um proporcionalmente ao valor do seu espírito; eis precisamente por que as obras mais excelentes de todas as artes, os monumentos mais gloriosos do gênio são destinados a permanecer eternamente cartas fechadas para a estúpida maioria dos homens.”

A criação do espírito deverá sempre estar exteriorizada, associada necessariamente a uma forma. É uma ideia que alcançou uma forma. As ideias puras, imaterializadas não são protegidas pelo Direito de Autor. As aplicações de ideias podem ser protegidas pela propriedade industrial, se preencherem os requisitos necessários¹⁴⁹. O sistema jurídico não concede propriedade ou exclusividade de ideias por si só. As ideias, ainda que originais, integram o patrimônio da humanidade.

Sobre os motivos pelos quais as ideias não podem ser protegidas, Delia Lipszyc esclarece que seria inconveniente, na medida em que há um número relativamente

147CUNHA, Newton. *Dicionário Sesc: a linguagem da cultura*, cit., p. 334.

148Schopenhauer, Arthur. Filósofo alemão (1788-1860). O autor restringe-se a citar que a pesquisa foi realizada no terceiro livro do “Mundo como Vontade e Representação”.

149Cf. Art. 8º da LEI Nº 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996: É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

pequeno de situações dramáticas que constituem pressupostos para o nascimento das obras. Assim, admitir a proteção das ideias ensejaria em um monopólio do conflito humano.¹⁵⁰

No mesmo sentido, de não proteção de ideias, Silmara Chinellato diz que “a ideia pertence ao acervo cultural da humanidade, é de todos e de cada um que a externar, mas o direito de autor só protegerá a forma como ela se ‘veste’, como se apresenta, com a criatividade singular de cada pessoa.”¹⁵¹

Delia Lipszyc¹⁵² esclarece que ainda que, não haja originalidade em uma determinada ideia, a obra pode ser considerada original em sua composição, seu conteúdo, sua expressão, ou forma. Ademais, acrescenta que, embora as ideias não sejam protegidas pelo direito autoral, estas podem ser dotadas de valor comercial e, portanto, protegidas com base nas leis de concorrência desleal, abrangendo, ainda, a violação de segredos.¹⁵³

3.4.2. Ideias publicitárias

a) Forma de expressão ou forma de veicular a propaganda

Propriedade intelectual. Proteção do invento, obra literária ou qualquer obra intelectual. Forma ou expressão da ideia pura. A ideia em si, ou uma simples concepção ideal, não constitui trabalho intelectual protegível. Fundamentação da sentença com base na informação ou na opinião do perito em matéria de Direito Autoral. Prova insuficiente da violação de obra intelectual¹⁵⁴.

O conflito em questão discutiu a repercussão da ideia na produção de uma obra publicitária. Tratava-se de saber se uma simples concepção ideal ou a ideia em si representa um trabalho ou obra intelectual protegível a ponto de gerar reparação por outrem que dela fizer uso. Com base na lei, opinou o perito em sentido negativo, e essa opinião foi acolhida nos fundamentos e dispositivos da sentença.

150LIPSZYC, Delia. op. cit., p. 63.

151CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio, cit., p. 306.

152LIPSZYC, Delia. op. cit.

153Id. Ibid., p. 64.

154Acórdão(TJ-RJ). Ap. Cív. 949/91. Relator: JD. Subs. Des. Décio Xavier Gama. Reg. em 10-4-92. Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível 949/91, em que é apelante José Maria Adami da Silva e apelado 1 – EMI-Odeon Fonográfica, Industrial e Eletrônica Ltda. e 2 – Fonobrás Distribuidora Fonográfica Brasileira Ltda. Acordam os Des. da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro em negar provimento ao recurso. Unânime. (ADCOAS 137479/92).

A sentença aceitou a interpretação da lei que o perito expendeu, mas a questão emanante da controvérsia dos autos consiste em se saber se há nos autos violação de trabalho intelectual do autor da ação, sustentando o réu que a simples concepção ideal ou a ideia em si, de que se valeu na edição de fitas gravadas, não constitui violação do direito do autor.

O registro efetuado pelo apelante foi de uma ideia que poderia ser utilizada, de propaganda intercalada na gravação de uma música em disco ou fita. Houve a edição de música, assim gravada, em 1969, em disco e em fita.

O que fez a ré foi promover a gravação de música inteiramente diversa e de intercalar na gravação propaganda de outra espécie tantos anos depois. A simples ideia ou forma de veicular a propaganda é que o que autor deseja proteger, não propriamente a obra que gravou.

A lei, no entanto, não estende a proteção às simples concepções ideais. Como se comprovou, inclusive com a perícia, o trabalho do autor consistiu em conceber uma ideia, sem lhe dar forma ou expressão. O registro que efetuou foi de uma música gravada na qual se ouvia também a propaganda. A ideia pura é que veio a ser utilizada pela ré, não consistindo tal fato violação de direito autoral.

O laudo, embora singelo na cautelar de busca e apreensão, já afirmara que nenhuma música ou trabalho intelectual do autor fora violado pela ré. Havia mesmo propaganda das músicas ou do conjunto musical do disco, não, porém, das músicas ou propaganda de outrem. Na ação, também a perícia elaborada por advogados adiantou que a legislação não amparava uma simples concepção ideal para lhe dar direito autoral sobre ela.

O conflito judicial¹⁵⁵ discute se a ideia utilizada em campanha publicitária intitulada "SAP GUY", na qual aparece uma tecla SAP na testa de um homem, teria sido usada em campanha posterior. Alegou-se que a ideia da tecla SAP não era original nem o uso de uma cabeça raspada, de forma que ambas as campanhas não foram originais. Defendeu-se que o próprio CONAR reconheceu que o uso da tecla SAP para propaganda de curso de inglês é óbvio.

155Cf. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível nº 578.694.4/1-00*, 4º Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani. São Paulo, 03 de setembro de 2009. "[...] Direito autoral - Trabalho publicitário que repete a essência de mensagem anterior marcada por ineditismo da associação da sigla SAP, indicativa da tradução de idiomas, ao serviço de escolas de aprendizado de línguas estrangeiras, criando coincidências no contexto - Violação dos direitos morais e materiais do publicitário e do anunciante original, [...]"

O relator do acórdão prolatado argumenta que caberia à ré demonstrar que já existiam trabalhos anteriores iguais ou suficientemente similares, e, assim, poderia romper com a presunção de originalidade e anterioridade trazidas pelo autor da ação. A simples alegação de que a tecla SAP já havia sido utilizada anteriormente pela ré em campanha em 1995 ou por terceiros, não torna a publicidade dos autores da ação comum, pois essa é protegida no todo e não apenas por um de seus elementos isoladamente. Ainda, constata o perito que na publicidade anterior não fora empregada a tecla SAP. Interessa-nos destacar da decisão:

De fato as ideias não são protegidas pelo direito autoral [artigo 8o, I, da LDA]. É de difícil compreensão essa afirmação quando as criações intelectuais são frutos exatamente de ideias (sic). Porém, se torna mais fácil a visualização de como é possível afirmar que ideias não são protegidas, mas a obra publicitária sim, através de próprio caso em concreto ora analisado. A simples ideia de utilizar uma tecla SAP para criar a analogia de que o que o curso de inglês pode fazer com que o aluno possa dispensar dublagens e legendas de filmes e programas estrangeiros que são transmitidos na língua original, não é, enquanto inspiração, protegida pelo direito autoral. Com a transformação da ideia em peça publicitária, como a de fl.40, o que era abstrato adquire o status de obra protegida. Após ter a ideia em si, o publicitário autor criou a obra com a composição de diversos elementos, entre eles a tecla SAP, a figura masculina, a colocação específica da tecla SAP no lugar dos cabelos, a composição gráfica na qual a cabeça é o elemento central e principal da propaganda, o isolamento desta no cartaz, entre outros. Vale o conjunto e não um elemento específico, ainda que comum.

A conclusão do desembargador relator foi de que a semelhança das peças não se resume a utilização do conceito de “tecla SAP”, mas que a comparação entre as duas propagandas denota sua gritante semelhança.

3.4.3. Idealização

A idealização por si só não transpõe os contornos da ideia, pode ser um pensamento mais elaborado, até mesmo detalhado, porém, sem a concretização, sem a forma de expressão essencial à sua penetração na realidade como obra, pois cria-se na imaginação, é fruto do ato de idealizar, fantasiar, mesmo que alcançado o ato mental ou escrito de projetar, planejar, programar¹⁵⁶.

156FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit., p. 913.

Ementa

Apelação Cível – ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e morais - preliminar de não conhecimento do recurso – intempestividade não verificada – direito autoral – campanha publicitária – sugestão de associar a sonoridade de um espirro ao nome da cerveja fabricada pela ré – envio da concepção à fabricante ou à empresa de publicidade que não restou demonstrada - mera ideia que não integra o rol de direitos autorais passíveis de proteção – inteligência dos artigos 7º e 8º, incisos I e VII, da Lei nº 9.610/98 - materialização das ideias que seguiram roteiros totalmente distintos – sentença de improcedência mantida¹⁵⁷.

Conta o autor da ação em questão que idealizou situação que poderia funcionar como campanha publicitária da cerveja da Schincariol – associar a sonoridade de um espirro ao nome “schin” – enviando tais considerações via e-mail para a ré, ora apelada, e para Fischer América, empresa então responsável pelas atividades publicitárias. Afirma que recebeu como resposta a sua manifestação no sentido de que a empresa não teria interesse em adotar suas ideias. Entretanto, quatro anos depois a empresa produziu e circulou nacionalmente a propaganda na qual se valeu das suas ideias. Requer procedência da ação de forma a obter proteção da lei de direitos autorais, pleiteando indenização e ampla divulgação de seu nome como autor da propaganda.

Em sua defesa, a ré argumentou que as ideias não são passíveis de proteção intelectual, bem como que a criação do autor não foi aproveitada na sua campanha publicitária, pedindo improcedência da ação. A sentença declarou improcedência do pedido:

“Sobreveio sentença de improcedência dos pedidos iniciais, sob o fundamento de que expressar uma ideia, ainda que por meio eletrônico, não é o mesmo que produzir uma obra intelectual (art. 7º, caput, da Lei n. 9610/1998), que as ideias não são objeto de proteção como direitos autorais (art. 8º, inc. I, da Lei de Direito Autoral), e ainda, que a campanha publicitária seguiu roteiro distinto daquele sugerido pelo suplicante.” (negrito nossos)

¹⁵⁷Órgão: TJPR. *Apelação cível nº 834.058-7*. Relator: Des. Luiz Lopes Apelante: Gilson Rosendo Alves. Apelado: Y & R propaganda Ltda. e Primo Schincariol Indústria e Cervejas e Refrigerantes S/A. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível nº 834.058-7*, 10º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná. Relator: Des. Luis Lopes. Curitiba, 19 de Janeiro de 2012).

O autor apelou, argumentando que sua manifestação por e-mail se trata de expressão em suporte material de ideia, o que acarretaria na proteção pelo direito autoral, e que a ré se utilizou de sua ideia central para realizar a propaganda comercial.

Discutidas as preliminares, considerou-se no voto:

“Cumpre aferir se a ideia publicitária pode ser considerada como uma obra intelectual; se a sua autoria e originalidade possuem proteção legal; e a semelhança entre a materialização da ideia do suplicante e aquela desenvolvida pela ré em sua propaganda, para, então, se verificar se houve violação do direito autoral, apta a ensejar o dever de indenizar.”

Argumentou-se não restar comprovado o recebimento do e-mail do autor pela empresa. “Como visto, o suplicante lançou apenas uma ideia, qual seja, a de associar a sonoridade de um espirro contagiante ao nome pelo qual é conhecida a cerveja fabricada pela ré – “schin”.

A Lei nº 9.610/1998, que regula o direitos autorais, no seu art. 7º, considera como 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", discriminando nos incisos I – XIII do citado dispositivo, de forma exemplificativa, as obras por ela tuteladas.

Ao lado disso, o artigo 8º, incisos I e VII, do referido Diploma, dispõe expressamente que não são objeto de proteção como direitos autorais "as ideias procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais" e “o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras”.

Da interpretação destes dispositivos, infere-se, pois, que a expressão de uma ideia, como no caso, ainda que por meio de uma correspondência eletrônica, não pode ser equiparada a uma obra do intelecto, nos termos da legislação supra, a ponto de merecer proteção pelo direito autoral.

Isto porque, não há que se falar em propriedade ou exclusividade da ideia, já que “sendo criações de espírito, uma vez concebidas, passam a fazer parte do patrimônio comum da humanidade”¹⁵⁸. O direito autoral não protege as ideias de forma isolada, mas sim e tão-somente a sua materialização, sua forma de expressão, passível de ser concebida como “obra”.

158Cf. STJ, REsp n. 661.022, Rel. Min. Castro Filho.

Ora, o direito autoral beneficia as criações de forma, não as ideias. Uma ideia expressa por alguém pode ser retomada por qualquer pessoa, não podendo aquele que a exprimiu pela primeira vez pretender sobre ela um monopólio.

O voto cita parte da sentença apelada:

Aliás, mesmo que não houvesse sido editado o disposto no art. 8º, I, da Lei n. 9.610/1998 – regra, a meu ver, meramente expletiva -, a norma que ele encerra permaneceria latente no sistema. De fato, a prevalecer a tese sustentada pelo autor, a liberdade de criação artística, que é assegurada pelo constituinte (CF, inciso IX do art. 5º), encontraria sério embaraço para manifestar-se. Com efeito, bastaria a alguém expressar dada ideia sobre um determinado domínio das artes – a temática de inspiração de uma pintura, de um poema ou de uma música, apenas para mencionar os exemplos mais frisantes – para impedir que qualquer artista pudesse se valer da mesma ideia em suas obras.

Conclui-se pela ausência de obra intelectual a ser protegida pela Lei de Direito Autoral. O legislador veio neste inciso positivar fato reconhecido pacificamente pela doutrina, jurisprudência e legislação internacional, ou seja, que as ideias não são passíveis de proteção no campo do direito autoral. Com efeito, as ideias pertencem ao patrimônio comum da Humanidade para sua livre circulação. A concepção de patrimônio universal da ideia é praticamente unânime entre os autoralistas nacionais e internacionais, como pode verificar-se na doutrina mencionada.¹⁵⁹

No mesmo sentido, diz Delia Lipszyc que “Las ideas no son obras y, por onde, su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas”¹⁶⁰, bem como José de Oliveira Ascensão, que assenta que “Falar de uma propriedade das ideias é talvez o maior absurdo que jamais tenha sido pronunciado”.¹⁶¹

Jose Carlos Costa Netto¹⁶² cita decisão da Corte de Cassação francesa (sistema romano-germânico):

As ideias, sendo de livre percurso, escapam a toda apropriação. Assim, admite-se que não se pode pretender monopolizar um tema literário, uma ideia artística, conhecimentos científicos, fatos históricos, ideias políticas ou publicitárias. O Código de Propriedade Intelectual não protege as ideias expressas, mas somente a forma original sob a qual são

¹⁵⁹OLIVEIRA, J. N.; WILLINGTON, J. op. cit., p. 18.

¹⁶⁰LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ediciones, UNESCO / CERLALC / ZAVALIA, 1993. p. 62 *apud* OLIVEIRA, J. N.; WILLINGTON, J. op. cit., p. 19.

¹⁶¹ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 11-12.

¹⁶²COSTA NETTO, José Carlos. op. cit., p. 83-84.

apresentadas. Consequentemente, a referência a uma obra preexistente não está subordinada ao consentimento do autor desde que esteja assentada somente sobre os elementos desprovidos de originalidade e convém, antes de tudo, procurar cuidadosamente se a referência contém elementos característicos pelos quais o autor da obra personalizou o tema.¹⁶³ (negritos e grifo nossos)

3.4.4. Sistemas, Métodos e Esquemas

De fato, segundo a Lei sistemas e métodos, em si mesmos, não constituem obras intelectuais protegidas pelo Direito de Autor, porquanto a criação do espírito objeto da tutela legal é aquela de algum modo exteriorizada. Assim, obra intelectual protegível é sempre a forma de expressão de uma “criação do espírito”, e não sistemas ou métodos veiculados, conforme apontam as deliberações do CNDA¹⁶⁴:

Ora, estamos diante de ideias, ideias alinhadas em forma de sistema, jamais diante de obra intelectual protegida. Esta Câmara tem julgado inúmeros processos em que se solicita a proteção de ideias, sistemas etc., indeferindo todos por falta de fundamento jurídico. Esta Câmara já tem decidido neste sentido conforme as Deliberações CNDA nº 33/83, 39/83, 40/83, 41/83, entre outras [...].

De fato, segundo a melhor doutrina, a criação do espírito objeto da tutela legal é aquela de alguma forma exteriorizada, já que obra intelectual protegível é sempre a forma de expressão e não [...], sistemas, métodos.

O que você constitui o objeto principal do requerimento em questão, isto é, a invenção, ideia ou método consistente na apresentação, sob forma gravada, de material literário, é insuscetível de proteção pelo Direito de Autor.¹⁶⁵

A deliberação do CNDA esclarece que o texto literário apresentado à apreciação, o qual contem a suposta invenção, ideia, método ou sistema pode ser amparado como obra literária em si, não protegendo a idealização ali contida. O sistema é formado pela técnica. A técnica é o caminho ou o meio para realizar o sistema. “A noção deriva do princípio Kantiano de que o sistema é o ideal regulador da pesquisa filosófica, não sua

¹⁶³Corte de Cassação, Primeira Câmara Civil, 25 de maio de 1992 (RIDA, outubro, 1992, 156; Dalloz 1993, Jurisprudence p. 184). Decisão da Corte de Apelação de Douai, 20/9/1996: RIDA outubro de 1996, p. 278 (obra citada, p. 178). *apud* COSTA NETTO, José Carlos. op. cit., p. 85.

¹⁶⁴CNDA-Minc. Deliberação nº 40 – 1ª Câmara, aprovada em 14/9/83 *apud* OLIVEIRA, J. N.; WILLINGTON, J. op. cit., p. 24

¹⁶⁵CNDA-Minc. Deliberação nº 36, aprovada em 21/3/84, Proc. nº 228/83 *apud* OLIVEIRA, J. N.; WILLINGTON, J. op. cit., p. 24-25.

realidade¹⁶⁶.” Sendo que método comporta dois significados fundamentais. O primeiro refere-se à toda pesquisa ou orientação de pesquisa (v.g. método hegeliano, dialético, geométrico); o segundo significado é mais restrito e indica um procedimento de investigação ordenado, repetível e auto corrigível, que garanta a obtenção de resultados válidos (v.g. método silogístico, dos resíduos. “Mas é preciso observar que não há doutrina ou teoria, seja científica, seja filosófica, que não possa ser considerada sob o aspecto de sua ordem de procedimento e portanto chamada método.”¹⁶⁷

Salientam Oliveira e Willington¹⁶⁸ que, até o advento da Lei 9.610/98, havia larga discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da proteção dos projetos, concluindo, por fim, não serem os projetos passíveis de proteção na seara do direito autoral, excetuados aqueles relativos às matérias de geografia, topografia, engenharia, arquitetura, cenografia e ciência. Projeto não passa de um intento, um designo, um plano a ser ou não concretizado¹⁶⁹.

Projetos que se limitam a estabelecer as características básicas de uma ideia, sem constituírem por si textos literários ou científico, participam da mesma natureza dos sistemas, métodos e outros desenvolvimentos de ideias. A obra intelectual protegível é sempre a forma de expressão e não as ideias, inventos, sistemas, métodos ou projetos veiculados pela obra intelectual¹⁷⁰.

Sobre o fundamento da não proteção dos projetos pela lei autoral, destaca José de Oliveira Ascensão¹⁷¹:

Se considerássemos o projeto tutelado por si, acabávamos por, indiretamente (sic), outorgar proteção ao resultado final, que é indissociável daquele projeto.

Para evitar esta contradição, temos de concluir que a Convenção está a referir elementos preparatórios ou acessórios duma realização topográfica final, que tenham por si valia estética.

Ocorre perguntar se os meros projetos de atuação futura, por qualquer modo exteriorizados, podem ser protegidos como obras literárias ou artísticas. A resposta é

166ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 1. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 876-877.

167Id. Ibid., p. 640.

168OLIVEIRA, J. N.; WILLINGTON, J. op. cit., p. 25.

169CNDA-Minc. Deliberação nº 54, aprovada em 08/7/86, Proc. nº 40003.000139/86-82 *apud* OLIVEIRA, J. N.; WILLINGTON, J. op. cit., p. 25.

170CNDA-Minc. Deliberação nº 39/83, aprovada em 14/9/83, Proc. nº 439/82 *apud* OLIVEIRA, J. N.; WILLINGTON, J. op. cit., p. 26.

171ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 39.

negativa. O projeto em si não merece tutela. O Direito de Autor tutela exteriorizações, abstraindo da sua qualificação possível como projetos ou esquemas de ação.

Concluimos assim que o projeto ou categorias análogas nunca são automaticamente tuteladas pelo Direito de Autor. Podem, porém, receber uma tutela reflexa, ora quando são por si obras caracterizadas pela valia estética (um projeto de arquitetura) ou literária (um livro de instruções); quando são o esboço de uma obra e têm a mesma natureza do que esta, dentro do princípio de que o direito de autor tutela a obra logo desde os sua forma de expressão inicial. É o caso do esboço duma pintura. Esclarece José de Oliveira Ascensão que o estágio do projeto só receberá tutela se a obra final for tutelada¹⁷².

Sobre a impossibilidade de tutela dos sistemas e métodos, destaca Ribeiro¹⁷³:

A lei também colocou fora da tutela do Direito de Autor os sistemas, métodos, processos e projetos. Quanto ao projeto, importante ressaltar que a lei colocou a salvo da exclusão os projetos de engenharia e arquitetura, não em seu conteúdo, mas na sua forma de contornos peculiares e originais, o que mostra, novamente, a limitação imposta pela expressão “como tais”. (grifos nossos)

Em conflito judicial que alcançou o Superior Tribunal de Justiça, a tese debatida¹⁷⁴ foi acerca do pedido de proteção autoral a um “Sistema de Bilhetagem e Arrecadação Automática para Acesso e Utilização dos Meios de Transporte Público e/ou Privado de Passageiros”. A sentença foi julgada improcedente, por entender o juiz que a natureza da obra não comporta proteção intelectual. Explicita a Ministra Nancy Andrighi, em seu voto: “Ao manter a sentença que julgou improcedente o pedido dos recorrentes, o TJ/ES considerou que o objeto da lide evidencia verdadeiro ‘sistema’, nos termos do art. 8º, I, da Lei 9.610/98, o que inviabiliza qualquer proteção autoral.”

Descreveu-se no acórdão impugnado o objeto da pretendida proteção autoral, nos seguintes termos:

172ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra Editorial, 1992, p. 71-74 *apud* ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 1980, p. 11-12.

173RIBEIRO, Adriano Claudio Pires. *O direito de autor nos programas de televisão*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006. p. 88.

174Órgão: STJ.Recurso Especial nº 1.127.852 - es (2009/0114099-0). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Oscar Antônio Camacho Espindola e outro. Recorrido: Viação Netuno Ltda, Viação Tabuazeiro Ltda, Transportes Fioroti Ltda, Serramar Transporte Coletivo Ltda, e outros. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.127.852-ES, 3º Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 15 de março de 2011. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

“O suposto invento, "Sistema de Bilhetagem e Arrecadação Automática para Acesso e Utilização dos Meios de Transporte Público e/ou Privado de Passageiros", tem como objetivo "organizar e disciplinar de forma conceitual a gestão, gerência, procedimento e controle administrativo, financeiro e operacional, através da bilhetagem automática, a habilitação, venda, carga, recarga, troca e cancelamento de cartões, bilhetes ou tickets, o débito dos créditos e o acesso aos equipamentos de transporte (ônibus, lanchas, trens, metrô, táxis e similares), mediante liberação eletrônica das barreiras físicas instaladas.”

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi corroborou que se o método por si só não é um bem jurídico tutelado pela Lei 9.610/98, igualmente não se aplicam os ditames na Convenção Interamericana de Direitos Autorais e Direitos Conexos.

José Carlos Costa Netto¹⁷⁵ cita decisão da Corte de Cassação francesa que elucida a não proteção à receita de cozinha como método, procedimento de fazer:

Se as receitas de cozinha podem ser objeto de proteção nas suas expressões literárias, elas não são, por si mesmas, obra do espírito: são analisadas, com efeito, em uma sucessão de instruções, um método; elas operam no campo de uma habilidade, arte, destreza, que não é protegida.¹⁷⁶

Em ação julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região¹⁷⁷, pretendeu-se o pagamento de indenização referente a danos materiais e morais sob a alegação de violação de propriedade intelectual de um projeto de solução e equacionamento em função da literalidade da curva funcional prevista pelo PCCS para apurar os valores reconhecidos judicialmente como devidos decorrentes de ação trabalhista, na qual figurou no polo ativo da ação, juntamente com mais 863 empregados da então TELESC.

A decisão baseou-se nos arts. 7º e 8º da Lei 9610/98:

Com efeito, a interpretação a ser dada na conjunção destes dois dispositivos não é outra senão a de que o direito autoral dá proteção ao que está no mundo físico (concreto), logo, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos não estão sob a tutela deste instituto. Veja-se, contudo, que ao contrário do que se possa eventualmente reputar, a consolidação da legislação referente aos direitos autorais não suprimiu integralmente de seu abrigo as obras intelectuais, mas apenas aquelas que

175 COSTA NETTO, José Carlos. op. cit., p. 83-84.

176 Tribunal de Grande Instância de Paris, 30 de setembro de 1997 (RIDA, julho de 1998, 273; confirmação pela Corte de Apelação de Paris). (Obra citada, p. 182) *apud* COSTA NETTO, José Carlos. op. cit., p. 85.

177 TRF da 4ª Reg.. *AÇÃO ORDINÁRIA nº 2006.72.05.001370-9/SC*. AUTOR: ANTONIO PAULO BORGES. RÉU: UNIÃO FEDERAL. Brasil, Tribunal Regional Eleitoral (4ª Região). *Ação ordinária nº 2006.72.05.001370-9/SC*. Blumenau, 25 de outubro de 2007. Fonte: JUSTIÇA FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>.

figuram exclusivamente no campo intelectual, sem manifestação expressa em base concreta. (grifos nossos)

Nos fundamentos da decisão citou-se Plínio Cabral¹⁷⁸:

Agora a lei procurou abranger um universo maior de setores não protegidos, tornando-se mais explícita e restritiva, fechando em sete itens o elenco daquilo que não é protegido pelo direito autoral.

As ideias não são objeto de proteção. Isto é um conceito universalmente aceito. A lei protege a manifestação concreta do pensamento criador, aquele que se concretiza numa base qualquer, que possa ser vista, ouvida, sentida e, sobretudo, apropriada como bem móvel.

Constatou-se que o tal "Processo de Produção das Planilhas de Cálculos" confeccionado se trata, na verdade, de um projeto/método de cálculos econômico-financeiro que tem por função específica equacionar a evolução do PCCS (plano de carreira, cargos e salários) para apuração de valores em liquidação de sentença de processo trabalhista¹⁷⁹.

Entendeu o juiz que:

Sendo, portanto, o "Processo de Produção das Planilhas de Cálculos" um projeto/método matemático, a pretensão posta na inicial encontra óbices na própria legislação de regência invocada pelo autor, por isso que, como visto, trata-se de hipótese elencada no rol das exceções de proteção do direito autoral. Ora, a lei não contém palavras inúteis, se o legislador houve por bem fazer expressa previsão legal das situações que não são albergadas pela norma em questão, não pode o Juízo, sem qualquer provocação da parte interessada, deixar de dar-lhe vigência. (grifos e negritos nossos)

Friso, outrossim, que o fato de o autor ter promovido o registro do referido projeto junto a Biblioteca Nacional não conduz o feito a um provimento diverso, pois o que pretende o requerente nesta demanda não diz respeito a utilização indevida da "obra publicada" em si, a qual, por se tratar de produção literária, é passível da tutela específica, como preceitua o artigo 7º, inciso I da Lei n. 9.610/98, mas sim a simples e pura abstenção do uso do "projeto/método de cálculo" pela requerida, situação que o artigo 8º, inciso I da mesma lei não tolera, eis que mera produção intelectual. Em outras palavras, o direito autoral sobre o texto literário não confere a tutela autoral sobre o uso do método matemático lá analisado.

178CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais*. 1. ed. Porto Alegre: Ed. Sagra Luzzatto, 1998. p. 61.

179Segundo o próprio autor da demanda, cf. Acórdão prolatado: "Trata-se sim de um projeto de produção dos valores de liquidação em causa trabalhista regida por PCCS, arregimentando e instrumentando uma Plataforma de Sistematização e Sistematização de Produção de valores com base nos princípios Econométricos e da Matemática Financeira e da Engenharia de Valor, objetivando produzir em planilhamento próprio, arregimentando-os em função da curva funcional de cada matrícula e da literalidade."

3.4.5. Esquemas

A palavra “esquema” tem origem no termo latim schema, e no termo grego schêma. Encontram-se conceituações das mais variadas, tendo em vista o aspecto filosófico que envolve o termo. Entre estes, destacam-se:

Figura que representa, não a forma dos objetos, mas as suas relações e funções, ou ainda, pode se compreender como sinopse, resumo, esboço: o esquema de um livro, ou, também, como plano, programa: O esquema da viagem fora feito minuciosamente¹⁸⁰.

[...] esquema é a representação gráfica ou simbólica de coisas materiais ou imateriais. O conceito de esquema também é usado para fazer referência ao resumo de um escrito, discurso ou teoria, que trata unicamente das suas linhas ou características mais significativas (“Realizei um esquema da sua apresentação”).¹⁸¹

O esquema é sempre um produto da imaginação, mas não é uma imagem. O esquema de um conceito é “a ideia de um procedimento universal da imaginação” que torna possível uma imagem do conceito. Enquanto “a imagem é um produto da faculdade empírica da imaginação reprodutiva”, o “esquema dos conceitos sensíveis, como das figuras no espaço, é um produto e, por assim dizer, um monograma da pura imaginação a priori” por meio da qual se tornam possíveis as imagens.¹⁸²

Alegou-se violação de direitos autorais, concorrência desleal e enriquecimento sem causa em face a utilização indevida de mesma estrutura de um curso, sob a acusação de igual programação, e plágio do esquema organizado e intitulado.

Entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁸³ que a natureza do pedido tratava-se de proteção legal para os esquemas, métodos e técnicas empregados na divulgação e organização dos cursos, sobretudo, especial proteção para os títulos dos cursos ministrados e oferecidos a público seletivo.

EMENTA

DIREITOS AUTORAIS – INDENIZATÓRIA – DANO MATERIAL E MORAL – Empresa que atua como organizadora de cursos, seminários e palestras que são dirigidos ao aprimoramento da formação de profissionais com cargos relevantes nas organizações empresariais – invocação de proteção ao direito autoral, sob o fundamento de que a

180FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. op. cit., p. 710.

181Cf. CONCEITO de Esquema. Disponível em: <<http://conceito.de/esquema>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

182Cf. FILOINFO. Disponível em: <<http://www.filoinfo.bem-vindo.net/filosofia/modules/lexico/entry.php?entryID=664>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

183BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível* nº 421.075-4/6-00, 5º Câmara de Direito Privado. Relator: Silvério Ribeiro. São Paulo, 22 de abril de 2009.

empresa-ré tem plagiado os títulos e cursos por eles ministrados e organizados – Esquemas, ideias, métodos e técnicas na elaboração da organização dos cursos – Inexistência de proteção legal – Artigo 8º, incisos I, II e VI da Lei nº 9610/98 – Improcedência mantida – Recurso desprovido.

O senhor relator cita o art. 8º da Lei de Direito de Direito Autoral, em específico os incisos que se referem a não proteção de ideias, sistemas, métodos, esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios, nomes e títulos isolados. Conclui, citando voto do Supremo Tribunal Federal, afirmando-se que a autora da ação requer direitos autorais de algo que não se trata de criação intelectual, não estando portanto sob a égide da lei indicada. Segue:

Ademais, os cursos foram ministrados em datas distintas, com conteúdos e públicos distintos, além de contar com palestrantes distintos.

Aliás, somente o palestrante poderia invocar a proteção autoral relativamente ao conteúdo da palestra por ele ministrada, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 9610/98.

Cumpra lembrar que a autora-apelante não está reivindicando a proteção do direito autoral sobre o conteúdo dos cursos e palestras.

Vale notar, ainda, que nem mesmo os nomes das empresas são coincidentes.

Logo, não há como determinar à ré que se abstenha de exercer as suas atividades, pois na hipótese, pelo que esse vê, não restou configurado plágio.

Obras informativas: Textos de tratados ou convenções, Leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais

Obras públicas ou oficiais

A Convenção de Berna, promulgada no Brasil pelo decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975, em seu art. 2 bis estabelece:

1) Os países da União reservam-se a faculdade de excluir, nas legislações nacionais, parcial ou totalmente, da proteção prevista no artigo anterior os discursos políticos e os discursos pronunciados nos debates judiciários.

2) Os países da União reservam-se igualmente a faculdade de estabelecer nas suas leis internas as condições em que as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza, pronunciadas em público, poderão ser reproduzidas pela imprensa, transmitidas pelo rádio, pelo telégrafo para o público e constituir objeto de comunicações públicas

mencionadas no artigo 11 bis 1, da presente Convenção, quando tal utilização é justificada pela finalidade da informação a ser atingida.

3) Todavia, o autor tem o direito exclusivo de reunir em coleção as suas obras mencionadas nos parágrafos anteriores.

A Convenção de Berna em seu art. 2.3 determina que fica reservado às legislações dos países da União a determinação da proteção a conceder aos textos oficiais de caráter legislativo, administrativo ou judiciário, bem como às traduções oficiais destes textos. Na revisão de Estocolmo, esclarece o Guia¹⁸⁴, entendeu-se que esta faculdade deveria se aplicar não somente às traduções dos textos oficiais, mas a forma original dos textos oficiais. Outro ponto importante, observado naquela revisão, foi que tal dispositivo não permitia aos países da União a liberdade de recusarem proteção a todas as publicações governamentais (por exemplo, os manuais escolares). Em geral, admite-se que as leis, os regulamentos administrativos e as decisões dos tribunais não são objeto de proteção, bem como as traduções oficiais destes textos.

Entendemos ser incoerente e até mesmo inadequado que, a despeito da natureza informativa das obras oficiais, e por vezes, até mesmo cogente, a Convenção de Berna, simplesmente, faculte aos Estados adotar ou não a proteção deste tipo de criação intelectual. Lipszyc e Vilalba afirmam: “Es curioso constatar que el Convenio de Berna (art. 2º §4, Del Acta de París, 1971) reserva a los Países Miembros la facultad de determinar la protección que han de conceder a los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como a las traducciones oficiales de estos textos.”¹⁸⁵

Tanto Henry Jessen¹⁸⁶, como Paulo Ernesto Tolle¹⁸⁷, concluem no sentido de que os direitos autorais sobre obra de funcionário público pertencem ao Estado, sempre que os servidores tenham como função a criação daquela obra. Jessen justifica esse tipo de aquisição de direitos por parte do Estado com o fato de que este “em contrapartida deve colocar em domínio público, para a livre utilização pela mesma coletividade que lhe financiou a feitura”.¹⁸⁸

184MASOUYÉ, Claude. op. cit., p. 21-22.

185Id. Ibid., p. 36.

186JESSEN, Henry. *Direitos intelectuais*, cit.

187Em parecer publicado pela RT, n. 330, p. 72 e ss.

188CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual: direito de autor, natureza, importância e evolução*, cit., p. 79.

188GANDELMAN, Henrique. *Direitos autorais*. São Paulo: Ed. Senac Nacional, 2004. p. 220-221.

Na reunião da IFLA realizada em Leipzig, Alemanha, em agosto de 1981, a Sra. E. A. Johansson apresentou na Seção sobre Publicações Oficiais, os conceitos legais e os adotados por bibliotecas de vários países, propondo, para abrir amplo debate, o consubstanciado em nova reunião em Montreal, agosto de 1982. Desta reunião nasce a proposta para a definição de publicações oficiais para uso internacional¹⁸⁹, onde foram definidos conceitos de “publicação oficial ou governamental” e “instituição oficial”.

Publicação oficial é qualquer documento, impresso ou produzido, em cópias múltiplas, por outros métodos reprográficos, editado por organização que pode ser considerada como instituição oficial, acessível a um público mais amplo do que o da própria instituição. Uma instituição oficial é: a) qualquer legislatura de uma nação-estado, ou federação de estados, ou de uma província ou subdivisão regional ou local, com receita própria; b) qualquer agência executiva do governo central de uma nação-estado, federação, estado, província ou subdivisão regional ou local, ou qualquer tribunal ou órgão judiciário; c) qualquer organização passível de ser considerada como de tipo oficial ou governamental, no sentido de que tenha sido criada por uma legislatura ou agência executiva, como nos itens (a) e (b) acima e mantenha vínculos permanentes com a referida organização, quer através de financiamento direto, quer através de mecanismos de controle ou de prestação de contas; d) qualquer associação cujos membros sejam governos nacionais, federais, estaduais, provinciais, regionais ou locais, ou instituições oficiais – como definidas nos itens anteriores – desses governos, contanto que a instituição seja considerada como oficial no país em causa. Uma publicação oficial é definida pelo status da entidade editora, sem levar em consideração o conteúdo temático do documento. As expressões “publicação oficial” e “publicação governamental” serão consideradas como sinônimas¹⁹⁰.

Bruno Jorge Hammes¹⁹¹ chama a atenção para a importância de se reconhecer e diferenciar o que possa ser considerado como obra oficial. Para ele, são aquelas que derivam de um órgão, uma autoridade ou um ofício (repartição) do Estado ou de uma corporação, instituição ou fundação de direito público ou de uma instituição no âmbito do cumprimento de interesses públicos ou à qual são atribuídos de outra maneira. Mas o caráter de obra oficial só cabe a obras que claramente derivam de uma repartição pública ou esta é indicada como responsável.

189The definition of official publications, *Ifla Journal*, 8(3), 1982, p. 282-290 *apud* CHAVES, Antônio. op. cit., p. 225-226.

190The definition of official publications, *Ifla Journal*, 8(3), 1982, p. 282-290 *apud* CHAVES, Antônio. op. cit., p. 225-226.

191HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*, cit., p. 53-55.

No âmbito nacional, por sua vez, em Brasília, entre os dias 22 a 25 de julho de 1975 foi apresentado o conceito de publicação oficial no 1º Seminário sobre Publicações Oficiais Brasileiras¹⁹² como sendo aqueles documentos bibliográficos e não bibliográficos produzidos e/ou editados sob a responsabilidade, a expensas ou por ordem dos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como também de entidades dotadas de personalidade jurídica própria – de qualquer forma vinculadas à administração pública – nos níveis federal, estadual, municipal, incluindo os Territórios e o Distrito Federal¹⁹³.

José de Oliveira Ascensão¹⁹⁴ afirma que quaisquer atos oficiais não estão sujeitos ao direito de autor e que sobre as obras não recai nenhum direito de autor, quer no plano pessoal quer no plano patrimonial. Todavia, a despeito da inexistência de direitos autorais sobre tais atos, seus autores poderão se valer dos direitos de personalidade para preservar, por exemplo, a integridade de um discurso, desde que tal desfiguração atinja sua personalidade. Por outro lado, há de sempre ser observado o status do ato proferido. É possível que um sujeito que ocupe função pública, um político, por exemplo, poderia realizar um discurso de natureza privada, um pronunciamento em que não estaria no exercício de suas prerrogativas. Este discurso, por sua vez, gozará de todas as repercussões do Direito Autoral.

Viria desta função de informar a autorização para proceder com a divulgação de discursos e falas políticas. Não podendo, por óbvio, ser almejado lucro na ação. Partindo-se da premissa que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”¹⁹⁵ Imagine-se, permitir um sistema de exploração econômica, com exclusividade, para se proteger os textos de leis, decretos, portarias, regulamentos, decisões judiciais, tratados e quaisquer atos oficiais, condicionando-se o acesso e utilização dos referidos textos na sua forma de expressão à autorização de uso, a concessão de licença, sofrendo, por conseguinte a restrição de distribuição e divulgação, e o exercício de direitos morais de seus autores. Sim, não se pode olvidar que desde a Constituição da República

192CAVALCANTI, Cordélia Robalinho. Definição de publicações oficiais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 83, n. 298, p. 377-380, abr./jun. 1987.

193Cf. HAMMES, Bruno Jorge. op. cit., p. 53-55. Estas definições estão em perfeita consonância com a doutrina alemã, o que pode ser observado pela presente quando lembra Katzenberger para designar obras oficiais como aquelas que derivam de um órgão, uma autoridade ou um ofício (repartição) do Estado ou de uma corporação, instituição ou fundação de direito público ou de uma instituição no âmbito do cumprimento de interesses públicos ou à qual são atribuídos de outra maneira. Mas o caráter de obra oficial só cabe a obras que claramente derivam de uma repartição pública ou esta é indicada como responsável.

194ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 80-81. E assim complementa: “É por isso que quem quiser pode publicar coletâneas de jurisprudência, por exemplo, sem ter de pedir autorização aos juízes que lavraram as decisões.”

195Cf. Art. 3o. do Decreto-Lei nº 4657/42 (Lei de introdução às normas do direito brasileiro).

Federativa de 1988¹⁹⁶, é obrigatório o reconhecimento às participações individuais, bem como a fruição dos direitos autorais de referidos partícipes (autores). Imagine-se o exercício do direito do inédito do agente público.

Os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais devem atender a exigência de publicidade, e, com isso, ainda que sejam comercializados por meio de distintas publicações, até mesmo pela própria gráfica do Senado Federal, seu conteúdo, e não apenas a ideia ali contida, mas a totalidade da forma de expressão do texto não pode sofrer quaisquer restrição de acesso e utilização¹⁹⁷.

A não proteção autoral da obra oficial (pública) é um fenômeno coerente com o múnus público de seu autor. O agente público não está em pleno exercício da liberdade de expressão, não há no ato de sua atividade qualquer individualidade criativa. Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹⁸ ensina que função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

Hammes¹⁹⁹ noticia que, segundo alguns autores, não é obra protegida o que é banal ou uma descrição necessária (funcionamento de um aparelho), cabendo exame caso a caso se há margem para uma criação pessoal ou não. Observa que apesar de serem resultado de atividade intelectual pessoal, não são protegidas os textos de tratados ou convenções, leis, etc. (art. 8º, IV). A lei expressamente os exclui. Destinam-se à divulgação ampla. Quem quiser editar, reproduzir e divulgar tais textos pode fazê-lo livremente, sem autorização de quem quer que seja.

3.4.6. Discursos políticos, debates judiciários

O Guia da Convenção de Berna²⁰⁰ esclarece que o artigo 2.6.b) que os discursos políticos e publicidade dos debates políticos constituem-se exceções a proteção conferida às conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza. Além

196Até mesmo na obra coletiva ou na obra de encomenda não se exclui a necessidade do reconhecimento das participações individuais, da atribuição de créditos, na forma do inciso XXVIII, letra “a”, CRFB e art. 17 da Lei 9.610 de 1998.

197Cabe ao Estado a ampla divulgação por meio dos órgãos competentes, em especial, nos dias de hoje, onde a internet é uma ferramenta segura e pouco onerosa para a universalização das normas.

198MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. p. 29.

199HAMMES, Bruno Jorge. op. cit., p. 53-55.

200MASOUYÉ, Claude. *Guia da Convenção de Berna relativa à Protecção das Obras Literárias e Artísticas*, cit., p. 12.

destes, é possível excetuarem-se dentro do mesmo gênero os debates políticos, os pronunciamentos públicos, no exercício de funções de representantes do Estado.

Não restam dúvidas de que os discursos pronunciados em sessões oficiais sejam considerados obras oficiais. Interessa-nos analisar se haveria alteração da qualificação do ato/fato jurídico, na hipótese do interlocutor não estiver, naquele momento, em pleno exercício de suas prerrogativas oficiais. Um senador com o mandato suspenso, ao proferir um discurso dentro do Senado Federal estaria praticando um ato de natureza oficial²⁰¹ ou público²⁰²?

Acreditamos que o local em que venha a se realizar o discurso (pronunciamento) possa ser considerado para o reconhecimento da natureza do ato. Portanto, não nos parece restar dúvidas de que um discurso de um Senador feito na tribuna do Plenário do Senado Federal, seja considerado uma obra oficial, pública e não protegida pela Lei de Direito Autoral. Entretanto, não nos parece que o local seja o único elemento a ser considerado para a classificação de um ato.

Um discurso pronunciado por personalidade que ocupe cargo ou missão oficial (pública), mas, realizado em local privado, e, em circunstância íntima, como uma celebração festiva da escola de um filho, exercendo tão somente sua liberdade de expressão como pai. Esse pronunciamento tem a natureza privada, não pelo fato do local em que foi proferido o discurso, mas sobretudo em face de não estar, naquele momento e circunstâncias, a autoridade, no exercício de suas prerrogativas²⁰³. Dada a ilegalidade do agente público, agindo por abuso de cargo ou função²⁰⁴, o fruto de seu intelecto seria considerado um obra protegida privada ou uma obra ilegal? Tratar-se-ia de um ato ilícito, pelo exercício irregular de um direito, por violação de limites e finalidade, ou estar-se-ia diante uma obra protegida?

201DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2, p. 489. Para o direito administrativo, pode-se afirmar que a palavra oficial refira-se a atos que emanem de autoridade pública ou do governo, o que diga respeito ao alto funcionalismo ou àqueles que têm cargos superiores, próprio das repartições públicas.

202Id. Ibid., v. 2, 1998, p. 387. Para o direito administrativo, o ato público pode ser descrito como manifestação da vontade do Estado por meio de funcionários públicos, no exercício de suas funções e dentro dos limites de sua competência legal ou constitucional.

203Id. Ibid., v. 2, 1998, p. 807. Para o Direito administrativo, prerrogativa constitui um privilégio inerente a uma função ou a um funcionário pela posição ou cargo que ocupa, um poder especial, ou uma posição mais favorável, conferida à Administração Pública em relação ao administrado, na prática de atos de interesse público.

204Id. Ibid., v. 2, 1998, p. 35. O abuso de cargo ou função, para o direito administrativo, é considerado aquele ato exorbitante praticado por funcionário público no desempenho de suas funções, sem que haja qualquer motivo que o legitime.

Não se aplica à obra oficial ou obra pública as faculdades morais da obra protegida, tal como a preservação de sua integridade. Contudo, essa obra não protegida pelo Direito Autoral, poderá ser preservada, se seu autor assim o desejar, por meio do instituto dos direitos de personalidade.²⁰⁵ É direito do autor ter seu nome ao lado de sua criação. Recomendamos mencionar, mesmo sob a outorga da livre utilização, o crédito autoral, a identidade pessoal e profissional daquele que se expressou, bem como o local e data onde ocorreu o pronunciamento, o ato, o fato jurídico que gerou a obra não protegida. A Lei Italiana se ocupou muito bem desta previsão, conforme ensina Stefania Ercolani²⁰⁶. No Brasil, infelizmente, é muito comum nas publicações oficiais se omitirem os autores e/ou colaboradores. Em geral, reconhece-se apenas os créditos às funções técnicas.

3.4.7. Nomes e títulos isolados

A proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor. O título de publicações periódica, inclusive jornais, é protegido até um ano após o seu último número²⁰⁷.

Em discussão judicial²⁰⁸ acerca do título de programa de televisão “ESTA É SUA VIDA”, o perito identificou o ilícito na usurpação do título aduzindo que a proteção legal se dirige às subjacentes fama e renome, que foram conquistados pelo esforço e trabalho, prestígio recordado, inclusive pelos membros da câmara julgadora. Embora considerado lícito o conteúdo do programa, portanto, o ilícito reconhecido limitou-se ao uso indevido do título.

205ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 80-81. O autor propõe questões: “Que acontecerá então, se um discurso pronunciado numa tomada de posse, por exemplo for desfigurado, de maneira a dar uma visão distorcida ou ridícula do titular do órgão que o pronunciou? Se esse órgão não vier a público corrigir a situação, resta sempre à pessoa física atingida agir diretamente em defesa do seu bom nome. Mas fá-lo, não invocando a titularidade de um direito de autor que na realidade não lhe cabe, mas invocando um direito de personalidade. É tão-só na medida em que a sua personalidade for atingida que ele pode reagir.”

206ERCOLANI, Stefania. Limitations and exceptions in the Italian copyright legislation. *Entertainment Law Review*, v. 10, n. 1, p. 10, Jan. 1999. “In this case too, the law (Article 66) establishes the obligation to quote the source, the name of the author and the place and date in which the speech was given. This exception, with the relative limits and conditions, also concerns those speeches that, although public, are not official in nature, since Article 5 of the law applies only to the texts of official acts of the State or of public administrations, which are excluded from protection.”

207Cf. Art. 10 e § da Lei 9.610 de 1998.

208Cf. BRASIL, Superior Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 116.637-1*, 1º Turma. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 13 de setembro de 1988. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça²⁰⁹ decidiu pela impossibilidade da proteção do nome “Sepultura”, que a banda de mesmo nome havia requerido. O fundamento para tal negativa se deu sob o fundamento de que não se protegem os nomes ou títulos isolados, tendo em vista a previsão expressa do artigo 8º, inciso

3.4.8. Aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras

A despeito da alínea 1 do artigo 2 da Convenção não mencionar a expressão “científicas”, a forma de expressão literal das obras científicas recebe proteção independentemente de seu conteúdo ideário, sendo este um postulado essencial do Direito de Autor: A ideia em si mesma não é suscetível de proteção. A ideia alcança a proteção no direito da propriedade industrial, quando encontra aplicação prática no sistema de patentes, nos modelos de utilidade.

No domínio das ciências, a proteção autoral estará restrita a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico²¹⁰. Sobre a dicotomia envolvendo a proteção autoral e a proteção pela lei de propriedade industrial, assevera Denis Borges Barbosa:

Em relação à não proteção das criações estéticas pelo mecanismo de patentes, diz o autor que o fundamento se encontra na falta de efeito técnico, que apresenta-se como um requisito para que determinada obra venha a ser considerada um invento, dizendo que, todavia, tais obras são tuteladas pelo direito de autor.²¹¹

209BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento* nº 635.780-DF, 1º Turma. Relator: Ministra Dias Toffoli. Brasília, DF, 1 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Nos termos do exposto no acórdão “*face à causa petendi dos apelantes alicerçada no âmbito da antiga Lei nº 5.988/73, vê-se que o pedido exposto na exordial e ratificado na peça apelativa é juridicamente impossível, pois ainda que os autores tivessem algum direito sobre o nome SEPULTURA, tal faculdade não teria amparo na proteção conferida à obra intelectual, consoante alegam os apelantes. A meu sentir, mostram-se inabaláveis os pilares que dão suporte à decisão desafiada vez que apesar dos autores terem fundamentado a pretensão vestibular segundo a Lei de Direitos Autorais, a causa de pedir, contudo, delineia-se com o pedido juridicamente possível, eis que refere-se a eventuais danos sofridos em razão da identidade dos nomes dos conjuntos musicais, evidenciando-se a pugna pela prevalência de apenas um deles, discorrendo o i. Magistrado monocrático, com toda clareza, que a lide, irrefragavelmente, circunscreve-se no âmbito do direito comum*”.

210Cf. § 3º do art. 7º da Lei 9.610 de 1998.

211BARBOSA, Denis Borges. op. cit., p. 1138.

Sobre o fundamento da não proteção das criações estéticas, assinala Denis Borges Barbosa²¹²:

O conflito “de competência” entre as leis de patentes e as de direitos autorais não é, assim, meramente de forma. Os propósitos sociais e a tutela constitucional das duas modalidades são diversas, como são distintos os condicionantes sociais. Assim, há cuidados especiais nas leis autorais para excluir de seu âmbito as criações industriais, paralelas ao que se lê no inciso em análise.

Todavia, salienta o autor²¹³ que a existência de conteúdo estético não obsta o patenteamento, mencionando o pensamento do Pollaud-Dulian:

Naturalmente, o fato de uma invenção técnica permitir também a obtenção de um efeito estético não a priva de patenteabilidade. É assim, por exemplo, que os processos e produtos cosméticos são patenteáveis. Uma patente francesa tratava de uma estrutura de cobertura, comportando uma base de apoio formada por uma matéria qualquer. Esta invenção tinha uso em plantações para proteger terrenos em declive, permitindo, por exemplo, que se cobrisse uma área inclinada com grama. Em uma ação de contrafação, o réu arguiu a nulidade desta patente por ela ter uma finalidade estética. Em sua decisão, o Tribunal ponderou que “estava claro a invenção possuía um resultado estético, contudo este resultado não era o único”. A invenção era suscetível de aplicação industrial destacada do caráter estético da obra realizada. A patente era, por conseguinte, válida. A invenção permitia tecnicamente construir superfícies em declive de um aspecto estético específico; o objeto da patente não era, em si, uma criação estética. Enfim, cabe-se recordar que, nos termos do artigo L. 511-3 tem 2 CPI, se o objeto pode ser considerado ao mesmo tempo como uma invenção patenteável e como um desenho ou modelo novo, a proteção somente pela patente é obrigatória quando “os elementos constitutivos da novidade do desenho ou modelo são inseparáveis aos da invenção.

No mesmo sentido, salienta Lipszyc²¹⁴ que as obras podem ser, ao mesmo tempo, artísticas e utilitárias, podendo gozar de proteção tanto do direito de autor, quanto do direito de propriedade industrial, in verbis:

Por el principio de la unidad del arte se ha admitido que las obras de las artes aplicadas pueden gozar, a la vez, de las protecciones del derecho de modelos y diseños industriales y del derecho de autor. A este último no le interesa el destino de la obra, es decir, se está destinada exclusivamente a fines artísticos o culturales o si también puede ser aplicada para satisfacer fines utilitarios.

212BARBOSA, Denis Borges. op. cit., p. 1139.

213POLLAUD-DULIAN, Frédéric. La Brevetabilité des inventions – Étude comparative de jurisprudence France-OEB. Paris: Litec, 1997, p. 50 *apud* BARBOSA, Denis Borges. op. cit., p. 1139-1140.

214LIPSZYC, Delia. op. cit., p. 86-87.

Las legislaciones que admiten la doble protección suelen oponer – como vimos – la limitación de que ambos ordenamientos jurídicos no podrán ser invocados simultáneamente en la defensa judicial de los derechos.

As Convenções internacionais sobre direito de auto contemplam a possibilidade da dupla proteção das obras de artes aplicadas, conforme se observa na Convenção de Berna (art. 7, §4) e na Convenção Universal (art. IV, §3).

3.4.8.1. Texto descritivo de patentes

Interessa-nos observar, por outro lado, que um texto descritivo de patentes, por sua vez, não confere proteção de Direito de Autor a seu autor. Trata-se de um texto que assim que publicado no site do INPI o conteúdo entra no estado da técnica, perde sua característica de obra literária por ter sido anexado a um pedido de depósito de patentes, entrando assim no domínio público.

O sistema de patentes preza pelo desenvolvimento científico e tecnológico, concedendo direitos exclusivos de exploração aplicação prática da ideia contida em determinado invento ou aperfeiçoamento por tempo determinado - vinte anos. Mas, o seu descritivo integra o estado da técnica em prol do desenvolvimento, do aproveitamento do conhecimento integrado de todo o sistema. Ressalta-se que a busca pela universalização dos textos de patentes de todos as oficinas de patentes do mundo é um ideário não tão distante de se tornar realidade.

3.5. Criações não protegidas identificadas pela doutrina e jurisprudência

3.5.1. Petições de advogados

Já a petição inicial do advogado ou, ainda, o parecer de um jurista, integrando o processo e mesmo servindo de base para a decisão do juiz, constituem obras de interesse restrito. Não se destinam ao público em geral, mas entram, portanto, no elenco

das informações necessárias à coletividade. São, portanto, obras protegidas, desde que manifestem espírito criativo e original²¹⁵.

Entretanto, em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, restou assentado que o uso de uma petição isolada não constitui violação de direito autoral, diferente do que ocorre em relação ao conjunto destas:

Isto é, o uso de uma petição isolada durante a atuação profissional dos advogados em juízo não viola o direito autoral, uma vez que, como bem ponderou a Magistrada a quo, a peça processual possui caráter instrumental, eis que é a manifestação da formação técnica não apenas do Advogado como de todo operador do direito, e busca fazer um relato fático e expor argumentos jurídicos a fim de instruir e influenciar o juízo em relação a um caso particular.

Todavia, a reunião de várias peças profissionais faz com que elas se desprendam de tal caráter instrumental e o seu conjunto assumam a forma de obra intelectual. Não porque a tarefa tenha natureza científica ou porque se trata de obra literária, mas porque importa na concretização de uma ideia, uma criação, que se traduz num meio de facilitar a consulta a petições usadas no processo penal, seja para fins didáticos ou para auxílio de profissionais.²¹⁶

Em conflito²¹⁷ proposto ainda sob a égide da Lei 5.988 de 1973, o magistrado destacou que A lei antiga protegia as chamadas ‘criações do espírito’, no elenco do art. 6º (hoje art. 7º), como salutar proteção ao trabalho pessoal do estudioso, do criador, do inovador. Sob um amplexo maior estão compreendidas na proteção, as criações artísticas, literárias e científicas”. Lembrando que na antiga lei, na ocasião art.11 (hoje art. 8º), excluía-se, também, de seu âmbito, os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais.

Outro ponto de relevo é o direito constitucional ao acesso à prestação jurisdicional, o qual é instrumentalizado mediante a petição de advogados, a qual está condicionada a pressupostos processuais, destacando-se para a discussão em comento os fatos e fundamentos jurídicos do pedido. Quanto aos fatos em si, não se admitiu a proteção. Argumentou o magistrado que, apenas os fundamentos jurídicos do pedido poderiam ser

215CABRAL, Plínio. *Direito autoral: dúvidas e controvérsias*. São Paulo: Ed. Harbra, 2001. p. 73-76.

216BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0208310-61.2007.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Milton Carvalho. São Paulo, 24 de maio de 2012. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5936712&v1Captcha=KsTSU>>.

217BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Embargos nº 70007279615, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal de Territórios. Relator: Desembargador Valter Xavier. Brasília (DF), 14 de junho de 2000.

objeto de proteção autoral. Porém, advertiu que toda pretensão só se pode escorar na lei, e, sendo ela omissa, nos costumes e princípios gerais do direito. “E as fontes do Direito, além da lei, são a doutrina e a jurisprudência.” Assim, concluiu-se que os fundamentos jurídicos do pedido são sempre a remissão às fontes do Direito, sem qualquer ineditismo ou criação do espírito.

Argumentou-se, ainda, que o processo é instrumento que pertence ao Estado e que a petição inicial, bem como outras peças de manifestação, são publicizadas e tornadas oficiais à medida em que se tornem peças do processo. O advogado somente em determinados casos previstos em lei poderá retirar a petição que já provocou a instauração de processo e sempre mediante a autorização judicial. E assim conclui: “Portanto, em análise objetiva, a petição inicial, sendo apenas um requerimento com indicação de fatos e as citações das fontes jurídicas, não é obra intelectual personalíssima, inovadora, ou capaz de privar a outrem de colacionar as mesmas fontes [...]”. Decidindo-se por ausência de danos, segue afirmando-se “que o plágio para uso como petição em processo judicial, ainda que de peça magnífica, por si só não traz a certeza de qualquer benefício ao plagiador, da mesma forma que não pode trazer prejuízo econômico ao verdadeiro autor da peça”.

A ação alcançou o segundo grau, sendo que a Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios decidiu, destacamos os seguintes termos:

Petição inicial. Direitos Autorais. Inexistência. A petição inicial, sendo um requerimento com indicação de fatos e citações das fontes jurídicas, não é obra intelectualmente personalíssima, inovadora, ou capaz de privar a outrem de colacionar-se as mesmas fontes, e portanto fora do alcance da proteção dos direitos autorais.

O processo é instrumento que pertence ao Estado e a petição inicial é publicizada e tornada oficial à medida em que se torna peça do processo, tanto que não pode ser retirada pelo advogado, a pretexto de ser criação de seu espírito. A cópia, por advogado, da petição de outro colega, é atitude que pode até ofender a ética, embora, pelo tradicionalismo, os advogados fomentem uns aos outros, em mútuo auxílio, com trabalhos já estudados; mas não causa vantagem ao copiadador porque ao Juiz não releva a beleza do petitório, cabendo-lhe, tão somente, a subsunção dos fatos à vontade da lei, segundo a parêmia 'dai-me os fatos e eu darei o direito'. (negritos nossos)

A decisão parece confundir o pressuposto de forma de expressão original com o conteúdo do texto, ora seja, fatos, temas. Na compreensão do Relator, embora se pressuponha originalidade, a exordial sempre abordará temas acerca da problemática

jurídica, sendo, pois, recorrentes. E os temas, ainda os mais extraordinários, podem ser milhares de vezes retomados, não merecendo a proteção do direito autoral. Todavia, proteger-se a forma de expressão original de uma petição, não inibiria discussão sobre o mesmo tema por terceiros.

Outro aspecto que pareceu haver sido confundido foi a missão ou função do advogado com a natureza jurídica de suas criações intelectuais. O Tribunal alegou que o trabalho advocatício não visa lucro, posto que este consiste na remuneração devida pelo risco, incompatível com a prática forense, porquanto ao advogado cabe a defesa do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social. Inteligência do artigo 2º, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ressalta que não são objeto de proteção autoral os petitórios e arrazoados apresentados em juízo pelos causídicos, na forma do artigo 8º, da Lei nº 9.610/98, sem maior detalhamento do enquadramento legal. Encerra justificando que ao juiz não interessa a beleza do petitório, cabendo-lhe, tão somente, a subsunção dos fatos à vontade da lei. As obras científicas não são estéticas, mas de conhecimento, e, ainda assim, se preenchidos os pressupostos, recebem a proteção autoral, portanto, os argumentos adotados não comovem.

Inconformados, os autores interpuseram recurso especial, insurgindo-se contra o entendimento de que a petição inicial não é obra intelectual alcançada pela Lei 5.988/73. O senhor Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar conclui que na lei vigente a situação está incluída na disposição genérica do art. 7º, I, da Lei 9610/98, que considera obras intelectuais textos de obras literárias, artísticas e científicas.

Entende que para solução da lide é preciso determinar se petição inicial se configura como obra literária, e se sua utilização sem consentimento dos autores requer aplicação da lei dos direitos autorais. Disserta em seu voto sobre a ausência de criatividade artística natural da petição inicial, que a distanciaria da proteção da lei dos direitos autorais, nos seguintes termos:

As duas petições iniciais em confronto descrevem a realidade do fato, indicando as circunstâncias em que aconteceu o evento causador do dano que se pretendia reparar naquelas ações de indenização, e nisso elas são diferentes; reproduzem lições da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto, e aqui são substancialmente iguais. Mas nessas duas partes, são ambas manifestações a respeito de uma realidade.

O fato foi praticado no exercício de uma atividade profissional e, assim, com propósito nitidamente utilitário, hipótese em que se restringe a possibilidade de reconhecimento da criação literária, pois o redator está

preso aos fatos, à doutrina e à jurisprudência, do que faz simples relato, seja porque elaborou a própria pesquisa, seja porque a encontrou feita por outrem, em livros, bancos de dados, revistas e outras fontes de informação hoje tão divulgadas.

O magistrado cita Ascensão²¹⁸ para lembrar que todas as vezes que a expressão for vinculada como modo de manifestação da realidade, falta-lhe a criatividade, e não, há, portanto, obra literária ou artística.

A presunção de qualidade criativa cessa quando se demonstrar que foi o objeto que se impôs ao autor, que afinal nada criou [...] pois na obra de destinação utilitária temos antes de mais essa função, e não uma função literária ou artística. Nenhum motivo há para deixar automaticamente essas obras transpor o limiar do direito de autor. Só o poderão fazer se como resultado de uma apreciação se concluir que, além do seu caráter utilitário, têm ainda um mérito particular que justifica que as consideremos também obras literárias.

Como nada é referido especificamente aos demais trabalhos forenses, seja para incluir ou excluir, a aceitação da violação ao direito autoral dependerá da aplicação analógica de outras disposições e dos princípios gerais. Usando esses dois indicativos, a conclusão a que se chega não favorece os autores. É que a regra do art. 7º da lei antiga apenas protegia os pareceres judiciais (e neles incluiu a petição inicial e outros arrazoados), "desde que, pelos critérios de seleção e organização, constituam criação intelectual". Há, portanto, uma condicionante. O mesmo decorre dos princípios, como acima ficou resumidamente exposto: não basta a existência do texto, é indispensável que se constitua em obra literária.

Ainda trago a registro a lição de Antônio Chaves²¹⁹, que refere sugestão legislativa que não chegou a se transformar em lei:

A Lei nº 5.988 preferiu incluir a matéria entre os casos que não constituem ofensa aos direitos de autor, art. 49, nº IV: 'O apanhado de lições em estabelecimento de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada porém a sua publicação, integral ou parcial, sem autorização expressa de quem as ministrou'.

Quanto às orações e defesas forenses, considera-se, em geral, lícito citá-las ou mesmo reproduzi-las para complemento ou esclarecimento de um ato processual. Qualquer outra publicação ou reprodução deve ser considerada como fazendo parte da esfera jurídica do autor.

218ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 1997, p. 40, 51 e 60.

219CHAVES, Antônio. *Direito de autor: princípios fundamentais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 399.

Atendendo a uma sugestão do consagrado jurista Oto Gil, o referido projeto havia consignado proposta que, se apresentaria dificuldades de aplicação, constituía, pelo menos, uma tentativa, uma experiência para enfrentar delicado problema. Incluía, entre suas disposições finais, o art. 178, relativo à obra intelectual do advogado, que contribuísse para a solução de questão submetida à justiça, assegurando-lhe uma participação equitativa pela utilização total de sua obra, com intuito de lucro, por terceiros, em processos análogos.

Não se conheceu o recurso. Os demais votos seguiram o voto do relator.

3.5.2. Compilações não originais

A Convenção de Berna em seu art. 2, alínea 5 estabelece que são protegidas as compilações de obras literárias ou artísticas tais como as enciclopédias e antologias que pela escolha ou disposição das matérias, constituam criações intelectuais, as quais são protegidas como tais, sem prejuízo dos direitos dos autores sobre cada uma das obras que fazem parte dessas compilações. É necessário para que se reconheça a obra como criação intelectual que nesta seja perceptível na forma de expressão da compilação a personalidade criativa de seu elaborador. A reunião de elementos, informações apenas por justaposição, ou por ordem necessária, não confere à obra a natureza de obra literária protegida pelo Direito de Autor.

A criatividade, assim como a originalidade são critérios à caracterização de uma seleção e/ou organização como criação intelectual. Não se entende por criatividade aquilo que se repete comumente, que se encontra vulgarmente, que seja óbvio ou necessário, como a ordenação por ordem alfabética. A adoção de um estilo criativo já conhecido, afasta a possibilidade de alcançar a proteção consagrada pelo Direito de Autor.

O Desembargador Francisco Cavalcante²²⁰, no citado caso em que reivindicou-se a autoria do “Catálogo de documentos manuscritos avulsos da capitania do Ceará (1999)”, adota a doutrina que alude ser criação do espírito, aquela que configura obra intelectual protegida, composta de conteúdo e forma, original ou inovadora, marcada pela criatividade, e, segundo a tradição, pela individualidade. O caráter criativo se verifica pela singularidade, pela existência da “marca pessoal” do autor. Tanto o inventário, quanto o

220Des. Relator Francisco Cavalcante.

catálogo, consistiram no arrolamento e na especificação de documentos do período de 1618-1823 existentes em caixas disponibilizadas no Arquivo Histórico Ultramarino de Lisboa, Portugal, consistindo em dados de domínio público, distinguindo-se por não trazerem o mesmo conteúdo²²¹, mas com redações diferentes, ao passo que a outra parte da relação concerne a novos documentos (mais de trezentos), não consultados pela autora quando elaborou seu inventário, mas analisados pelos novos estudiosos que se debruçaram, inclusive para efeitos atualizadores, sobre o patrimônio documental em questão.

Na citada ação discutiu-se o delineamento da criatividade e originalidade, para o possível reconhecimento de obra protegida. Para que a catalogação possa ser reconhecida como obra protegida, haveria de se identificar a presença da criatividade, requisito previsto no artigo 7o, XIII, § 2º da Lei 9.610 de 1998. O objeto preponderou sobre a pessoalidade da autora, não estando o trabalho intelectual corporificado como obra intelectual protegida. O trabalho de catalogação da professora, realizado, a pedido do Estado, não foi reconhecido como ato de expressão criativa, visto que a adoção de uma ordem cronológica para a apresentação dos documentos e de um índice por ordem alfabética foram compreendidos como opção metodológica ampla e recorrentemente utilizada, além do que os documentos foram referenciados, no trabalho publicado, segundo padrões de catalogação preestabelecidos, sem margem de liberdade.

Na lição de BITTAR²²², destaca-se a clarificação categórica acerca das exigências para a qualificação de coletâneas ou compilações como obras literárias. O autor afirma que as coletâneas de textos legais - obras derivadas - são meras reproduções dos diplomas editados pelo Poder competente, com remissões simples e outras normas e índices para facilitar a localização da matéria; e que não podem ser qualificadas como criações intelectuais para os efeitos de enquadramento na proteção legal do Direito de Autor.

221Cf. Ac. Esclarece-se que embora parte das referências seja relativa aos mesmos documentos (o que não poderia ser diferente, já que se está tratando de levantamento do mesmo acervo documental alusivo ao Brasil Colônia).

222BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. Coletâneas ou compilações de leis. Inexistência no campo do Direito de Autor, quando acompanhadas de remissões a textos e de índices, sem comentários ou notas de interpretação – Ausência, no caso, de criação intelectual protegível. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 81, n. 681, p. 273-275, jul. 1992: “De início, deve-se registrar, em razão de disposição expressa, não se incluem no âmbito da referida legislação os textos de tratados, convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais (Lei 5.988/73, art. 11). É a limitação decorrente da Convenção de Berna, existe, em todas as leis internas dos países convenientes, para os denominados “atos oficiais”, que, por conseguinte são de livre utilização. De outro lado, a reprodução em exemplar, acompanhada de remissões e de índices, não alcança a qualificação de “obra intelectual” para os fins enunciados. De fato, trata-se de mero trabalho mecânico de separação e de indicação de textos de leis (ou de regulamentos, ou outras normas), que, pela ausência de inserção de elementos de criação intelectual, não se encontra sob a proteção do Direito de Autor.”

Ascensão²²³ salienta a relevância de ser a originalidade um critério específico àquela compilação. O autor afirma que a simples adoção de um critério criativo já conhecido, não é suficiente para tornar todas as compilações que a ele recorram criativas. Podemos complementar que há de se constatar ao menos uma certa singularidade, já que não se exige a novidade objetiva para o reconhecimento de obra protegida pelo Direito Autoral.

Os requisitos da proteção autoral também devem, igualmente, serem observados para a proteção de seleção, organização e disposição de conteúdo. A dificuldade aparente em se estabelecer um critério reside no excesso de competência que se busca conferir ao sistema de direitos autorais, para se resguardar, horas de pesquisa, horas de digitalização, custos com aquisição e manutenção de equipamentos e técnicos para se operar uma publicação ou uma prestação de serviço. Todavia, o critério para se identificar uma compilação criativa, original é buscar nesta os traços de personalidade do agente criativo, ainda que o trabalho seja realizado em colaboração e sob a produção e gerenciamento de um organizador²²⁴.

Em relação ao entendimento internacional da matéria, destaca Karnell sobre o entendimento dos tribunais sueco e britânico em relação à matéria: contendem *Fixtures Marketing, Ltd. X AB Svenska Spel* e, da parte britânica, *British Horseracing Board, Ltda v. William Horseracing, Ltd.* que, em suma, discutem a aplicação do artigo 7º da diretiva sobre a proteção dos bancos de dados na União Europeia, que trata do objeto de proteção.

Destacam-se, em ambos os casos, a tendência à proteção do investimento, relativizando-se o requisito da originalidade. Nesse sentido, diz o autor sobre o entendimento da Corte Sueca:

The Judgment of the Svea Court of Appeal on May 3, 2001, preceded by that of the district court on Gotland as earlier mentioned, referred to article 7(1) and (5) of the Directive, and then simply stated that “Svenska Spel has used the same data as are present in Fixture’ databases by naming, in game coupons for... [three different kinds of game]..., certain of the English and Scottish football teams which shall play against each other, the home team first and in certain cases with the time of the match mentioned. However, it has not been shown [to the court] that Svenska Spel has made extractions from the content of the databases” and, hence, it had not infringed “upon any catalogue protection of the topical data bases.” Thus, the court evidently related its evaluation of evidence to the sui generis extraction right of the Directive in the meaning of what, in

223ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 47-48.

224A referencia é feita ao organizador da obra coletiva, na forma da letra “h”, inciso VIII, art. 5o. da Lei 9.610 de 1998.

section 49 of the Copyright Act, is expressed as “the right to make copies.” Clearly, if we look for principles, there is very little to be found..²²⁵

Já sobre os requisitos de proteção no Reino Unido, o entendimento é de que não é necessária a fixação em um suporte físico para a efetiva tutela pelo direito:

To Laddie²²⁶, the criterion that a database deserving protection must be a collection of materials arranged systematically or methodically and individually accessible – read in the light of Recital 21, where it says that “it is not necessary for those materials to have been physically stored in an organized manner” – means that “the expression ‘database’ has a very wide meaning, covering, virtually all collections of data in searchable form.” In his view, whether a database qualifies for protection solely “depends upon how the database was made, that is whether sufficient relevant effort was put into its creation,” the relevant effort being the substantial investment in the obtaining, verification or presentation of the contents of the database. He then minimizes the importance of substantiality criterion by understanding Recital 19 to demonstrate a “baseline requirement for the existence of database right.” This understanding is introduced in support of the contention that “the qualifying level of investment is fairly low.” Later on, he also appears to minimize the substantiality requirement as related to investment in verification by interpreting Recital 55 – where a substantial new investment, so as to involve a new term of protection, is said possibly to “include a substantial verification of the contents of the database” – to mean that “if sufficient investment is put into ensuring that it is up to date and accurate, it is protected by the new right.”²²⁷

Neste íterim, Lai Stanley traz uma interessante decisão prolatada pela Corte de Apelação de Singapura, sobre a questão da autoria dos bancos de dados não originais destacando, precipuamente, a diferença entre autoria e propriedade da obra, bem como o conceito do que é ou não original.

Em suma, a *Pioneers and Leaders (P&L)* ajuizou uma ação contra *Asia Pacific Publishing (APP)* por violação de direito autoral, por conta da disposição idêntica de tabelas com dados relacionados a corridas de cavalos, em revistas especializadas, que teria ocorrido por aproximadamente um ano, a contar de junho de 2007.²²⁸

225KARNELL, G. W. G. The European *Sui Generis* protection of databases: Nordic and U.K. Law Approaching the Court of the European Communities – some comparative reflections. *Journal of the Copyright Society of the USA*, v. 49, n. 4, p. 991-992, Summer 2002.

226Trata-se do julgador relator do *Horseracing case*.

227KARNELL, G. W. G. op. cit., p. 992-993.

228LAI, Stanley. Publisher reigned in on racing data copyright claim. *WIPO Magazine*, n. 1, p. 24, Feb. 2012.

Em primeira instância, o pedido da Autora da ação fora acolhido o que, todavia, foi revertido em segunda instância, sob a ótica de diversos fundamentos, a começar pela diferença entre autoria e propriedade, em menção à decisão já proferida em corte australiana, bem como sobre a questão da autoria da pessoa jurídica, o que poderia ensejar em um monopólio perpétuo da obra intelectual, a saber:

The Court of Appeal drew a distinction between authorship and ownership. It held that these were not synonymous in that authorship refers to the act of creation whereas ownership refers to the possession of proprietary rights. An author is not necessarily the owner and the owner is not necessarily the author. The Court of Appeal said, definitively, that for the purposes of the Copyright Act, authors had to be living persons. To hold otherwise would run counter to other sections of the Copyright Act, notably the duration of works. The Court held that companies could not claim a perpetual monopoly of copyright ownership based on an assertion of authorship. This, it noted, was reinforced by the Australian Federal Court of Appeal's decision in *Telstra Corporation Limited v Phone Directories Company Pty Ltd* [2010] FCAFC 149 at [100], [134], in which two members of the quorum stated unequivocally that, under Australian law, an author had to be a human author.²²⁹

A decisão reconhece originalidade em obras altamente automatizadas, como em uma compilação na qual não é possível identificar o trabalho humano:

The Court considered whether, according to the facts presented, a natural author could be identified. It was apparent that the collection of horse-racing data – the names of horses and jockeys, their track work records, - and its organization and selection were either computerized or compiled by separate individuals. Each person's responsibility and contribution (which had not been outlined in this case) were insufficient to render the said individual an author of the tables. Such contributions had facilitated the production of the data but could not be deemed a creative collaboration.²³⁰

The Court also said that, in cases involving a high degree of automation, no original work can be said to have been produced for the simple reason that there are no identifiable human authors. The fundamental proposition was clear: the respondent had been unable to identify an author or authors, and copyright cannot subsist without a human author. The Court went on to say that were it to assume, for the sake of argument, that the respondent's employees had an authorship role in the compilations, the evidence did not satisfactorily establish the point at which copyright protection arose.²³¹

²²⁹LAI, Stanley. op. cit.

²³⁰Id. Ibid., p. 27.

²³¹Id. Ibid.

Ainda, sobre a originalidade assenta a decisão que o grau de esforço para se realizar uma publicação hoje, com o auxílio da internet, torna-se muito inferior ao requerido há décadas atrás, o que justifica uma mudança na postura jurisprudencial:

(...) The information in *Punters' Way* tables clearly constituted a compilation. According to the Court, the notion of “intellectual creation” ties in with the basic copyright principle that only “original” compilations are protected by copyright. The Court affirmed that the test for compilations remained the same as the general test for a literary work, namely that of originality, i.e., whether a sufficient amount of skill, labor and judgment is involved in the creative process.²³²

The Court observed that the Anglo-Australian requirement of originality, while taking the intellectual effort of the author into account, had traditionally placed grater emphasis on the time, labor and effort involved. It noted that in several past decisions, copyright had been granted in respect of seemingly mundane compilations (such as street directories and football fixture lists). These had been decided predominantly prior to the digital era. With the proliferation of computers and software, the Court held that the law of copyright should evolve to take into account the ease and convenience that computers bring to the process of compiling data in the 21st century. The Court submitted that, “older decisions that had focused on the gathering of information as the touchstone rather than the productive effort involved in expression may therefore require reconsideration one day”. (at [35]). The Court also said that the expression of data, such as through an alphabetical listing, involves little ingenuity or skill beyond mechanical labor or routine programming. In such matters, it may be difficult to argue that copyright protection for compilations in Singapore is likely to evolve such that a narrower scope of copyright protection or none at all will be afforded to fact-based compilations created by the “sweat of the brow” or involving a very mechanical or mundane operation.²³³

Assevera, ainda, a decisão que quatro pontos devem ser levados em consideração antes que se decida ou não pela concessão de direito autoral:

This is further supported by the Court’s additional observation that, in assessing copyright, the four key principles summarized in *Feist Publications Inc v Rural Telephone Service Company Inc* 499 US 340 (1991) should be considered. First, facts are not copyrightable. Second, compilations of facts are generally copyrightable. Third, the sine qua non of copyright is originality. Fourth, originality simply means that the work was independently created by the author and possesses some minimal degree of creativity, the required level of which is extremely low.²³⁴

232LAI, Stanley. op. cit.

233Id. Ibid., p. 28.

234Id. Ibid.

3.5.3. Fatos, notícias

A proteção da Convenção de Berna, de acordo com Art. 2, alínea 8, não se aplica às notícias do dia e aos relatos de acontecimentos diversos (“faits divers”) que tenham o caráter de simples informações de imprensa. Esta previsão não conflita com a proteção conferida aos artigos jornalísticos que relatem ou comentem as notícias, e que apresentem a personalidade criativa do jornalista, sua contribuição intelectual na forma de expressão da notícia. Este dispositivo, entre outros, reafirma o princípio geral segundo o qual a admissão à proteção autoral requer um elemento suficiente de criação intelectual. O Guia de Berna²³⁵ orienta que competirá aos tribunais julgar, caso a caso, a existência ou não da personalidade criativa, se o artigo contem grande parte de originalidade, e observe-se não somente originalidade, mas grande parte de originalidade, ou se trata-se de uma redação ou narração impessoal. Todavia a não proteção autoral, as agências de notícias podem se socorrer da legislação que reprime a concorrência desleal, bem como o locupletamento ilícito.

Sobre os fundamentos do tratamento especial concedido às notícias diárias, Mabel Goldstein²³⁶, afirma que “Sin embargo, la limitación a los derechos del autor se implementa respecto de la información periodística, tomándose en consideración distintos intereses sociales, tales como la libertad de prensa, fundamento y valor superior – aun por encima de la protección de los derechos del autor – de toda organización política liberal.” Porém, ele faz ressalvas de que este direito de livre expressão inerente às mídias, que transmitem parcialmente ou em sua totalidade deve se limitar ao ato de informar, pois é neste ato que reside o interesse social.

Em relação à não proteção das notícias do dia e informações da imprensa em geral, elucidam:

Las noticias Del día y las informaciones de prensa. También están excluidas de la tutela, la utilización, la transmisión y la retransmisión de las noticias de interés general. Al respecto, el art. 28 de la ley 11.723 establece en la segunda parte: “Las noticias de interés general podrán ser utilizadas, transmitidas o retransmitidas; pero cuando se publiquen en su versión original será necesario expresar la fuente de ellas”.²³⁷

235MASOUYÉ, Claude; PEREIRA, Maria António (Trad.). op. cit., p. 24-25.

236GOLDSTEIN, Mabel. *Derecho de autor*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1995. p. 113.

237VILLALBA, Carlos A.; LIPSZC, Delia. *El derecho de autor en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2001. p. 36.

Em el Convenio de Berna las noticias Del día y los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa están expresamente excluidos de la protección. (art. 2º, § 8, Del Acta e París, 1971).²³⁸

Las noticias informativas también están exceptuadas em la Convención Interamericana de Washington, 1946 (art. 6º §3), donde se establece que: “La protección de la presente Convención no se aplicará al contenido informativo de las noticias Del día publicadas em la prensa”.²³⁹

Sobre o panorama assinala o autor que as leis da Argentina, Uruguai, Peru, Venezuela e do Brasil reconhecem e aceitam os princípios do Convênio de Berna, declarando, assim, a não existência da proteção das notícias do dia de jornais e periódicos, com fulcro na sua finalidade meramente informativa e no interesse social.²⁴⁰

Todavia, assinala Paulo Oliver que a situação das obras, artigos ou trabalhos periódicos nos quais surgem trabalhos de opinião; investigação científica, críticas literárias e análises econômicas são distintas em razão de que “nesses trabalhos, há características individuais, quanto à forma de redação, expressão e personalidade.”²⁴¹

3.5.4. Emissões televisionadas de acontecimentos da atualidade

As emissões televisionadas de acontecimentos do dia a dia não se confundem com obra audiovisual, obra composta concebida por argumento, roteiro, trilha sonora, cenários, fotografias, figurinos, maquiagens, entre outros sujeitos criativos e um diretor que harmonizará todas as criações sob a organização administrativa-financeira de uma produtora. Pode-se argumentar que a obra audiovisual documental não se inicia com um argumento, este será concretizado a partir de pesquisas, captações de imagens e entrevistas, porém, não há como se realizar uma obra audiovisual sem um direcionamento pessoal do diretor documentarista, cada um a seu estilo, cada qual com seu espírito criativo. As emissões televisionadas de acontecimentos da atualidade devem ser protegidas pelo instituto da concorrência desleal, o locupletamento ilícito, mas não pelo Direito de Autor, que requer criação para sua proteção

238VILLALBA, Carlos A.; LIPSZC, Delia. op. cit., p. 36.

239Id. Ibid., p. 37.

240OLIVER, Paulo. *Direitos autorais da obra literária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 190.

241Id. Ibid., p. 190-191.

3.5.5. Estilo

Seria estilo a marca da individualidade do autor na forma que realiza para comunicar seu pensamento, a escolha operada em um texto, entre um certo número de disponibilidades contidas na língua, a maneira como o autor dispõe dos recursos possíveis num determinado meio de comunicação (seja pela linguagem – escrita, oral, jornalística, publicitária ou literária -, seja pelo cinema, TV, rádio, artes plásticas, etc.), para transmitir sua mensagem? Trata-se do aspecto formal de uma obra artística, levando-se em conta o tratamento dispensado a sua forma e tendo em vista determinados padrões estéticos²⁴².

Ao tratar de estilo registra-se que comparativamente ao estilo egípcio, de uma severidade hierática, o estilo grego foi bastante genial. De um belo academismo. Fídias, com suas belas esculturas, conseguiu detalhes anatômicos que ainda hoje causam estupor. Não só pelo maior conhecimento da arte, como também pelo maior cultivo da mesma do que outros povos, pode (sic) o Helênico atingir pontos jamais imaginados no mundo antigo²⁴³. Já no caso da arquitetura, acredita-se que assim como o povo indiano, o chinês tem como característica primeva de arquitetura o Pagode, influência da religião budista no país²⁴⁴.

Sob as perspectivas da filosofia estilo pode ser o conjunto dos caracteres que diferenciam das outras uma determinada forma expressiva. Seria uma uniformidade de caracteres, encontrável em um determinado domínio do mundo expressivo. Trata-se de uma unidade de formas, de acentos e de atitudes dominantes em uma complexa variedade formal e de conteúdos.²⁴⁵

Separando-se os conceitos de estilo individual e estilo geral:

No estilo individual, as características mais evidentes podem ser contínuas ou ainda se revelarem em fases temporais de criação (movidade, maturidade, velhice). Significa, de qualquer modo, um

242RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. op. cit., p. 286.

243RODRIGUES, Edmundo. *Manual ilustrado de estilos artísticos*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, [s.d.]. p. 91.

244Id. Ibid., p. 68. “O mais antigo templo chinês ainda existente foi o construído pelos Coreanos no Japão no ano 607 d.C. Consistia ele e colunas de madeira, cobertas de telhados, as telhas recurvadas nas bordas. As traves horizontais dos pagodes, ao invés de se apoiarem nas colunas, são nelas encaixadas; não havendo, portanto, capitéis. Aliás, são a China e o Japão, os únicos países no mundo que desconhecem em sua arquitetura este interessante motivo técnico-ornamental: o capitel. [...]”

245ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 1. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 356. “Na sua origem, no séc. XVIII, a noção de estilo encontrou a sua expressão no lema francês, le style c’est l’homme même e foi considerada como a aparição na forma expressiva dos caracteres próprios do sujeito em sua relação com o material trabalhado.

procedimento espiritual e singular de criação e de trabalho da forma, que o distingue entre outros da mesma época ou corrente artística. Por exemplo, a linha como instantâneo do movimento na pintura de Degas e a oposição de planos luminosos em Manet, sendo ambos impressionistas; ou o emocionalismo de Chopin, em face da moderação intimista de Schumann, ainda que românticos²⁴⁶.

[...] Para Goethe, o estilo apenas se forma quando concretiza um amálgama do geral (ou objetivo) e do particular (ou subjetivo), permitindo reconhecer, visível e intelectivamente, uma essência situada além das próprias formas. Sua qualidade deve, portanto, ultrapassar cada um dos elementos que o constituem. De um lado, há a natureza e a busca da sua imitação ou representação; de outro, a ‘maneira’, isto é, a expressão individual do artista.²⁴⁷

Jose Carlos Costa Netto²⁴⁸ cita decisões francesas que desconsideram a possibilidade de proteção autoral, por reconhecerem no pedido o conceito de estilo ou procedimento de fazer:

(b) Estilo ou procedimento

A primeira decisão: procedência da reivindicação de proteção autoral pela embalagem – ou enveroment – de árvore, e monumentos (reconhecimento como obra intelectual ou artística original):

Pronunciando-se em um litígio entre CHRISTO, autor da emballage da Ponta Nova e duas empresas que queriam reproduzir e difundir filmes e fotografias da ponte assim transformada, a corte de apelação concluiu que: a ideia de colocar em relevo a pureza das linhas da ponte e seus lampiões no meio de uma teia sedosa tecida em polyamide, cor da pedra da Ilha de France, ornada de cabos (cordages) colocando em evidência, especialmente visto de longe, tanto de dia como de noite, o relevo ligado à pureza de linhas desta ponte constitui uma obra original susceptível de se beneficiar, a este título, da proteção de sua propriedade literária e artística.

A segunda decisão: negativa de proteção autoral (anteriormente concedida pela Corte de Apelação de Paris) pelo Tribunal de Grande Instância de Paris.²⁴⁹

O artista CHRISTO, após reconhecimento da proteção de direito de autor para a emballage da Ponte Nova enquanto criação de forma original, intenta um novo processo a fim de obter a condenação, por contrafação, do presidente de uma agência publicitária que concebeu e difundiu uma campanha publicitária baseada nas fotografias onde as árvores e pontes são apresentadas “embaladas” à maneira do artista. O Tribunal de Grande Instância pronunciou-se pela improcedência: “a lei de 11 de março de 1957, sobre propriedade literária e artística, apenas protege as criações de objetos determinados, individualizados e perfeitamente identificáveis, e

246CUNHA, Newton. *Dicionário Sesc: a linguagem da cultura*, cit., p. 262.

247Id. loc., cit.

248COSTA NETTO, José Carlos. op. cit., p. 86.

249Id. loc., cit.

não um gênero ou uma família de formas que não apresentam entre elas caracteres comuns porque elas, correspondendo todas a um estilo ou a um procedimento decorrente de uma ideia, como aquela de envelopar os objetos que não têm necessidade de tais cuidados”; portanto, CHRISTO não poderá “pretender deter monopólio de exploração deste gênero de emballage e não pode, pelo motivo de ter concebido um projeto de emballage de árvores de uma avenida célebre, pretender o monopólio de todas as árvores, especialmente destas que têm um formato em globo e são alinhadas num jardim público ou uma quadra, nem ainda do envolvimento de todos os pontos com arco que apresentem qualquer semelhança com a Pont Neuf de Paris (...)”²⁵⁰ (negrito e grifo nossos)

Portanto, de acordo com o autor, resta inequívoco que, ainda que a ideia tenha sido o elemento decisivo na composição da obra, somente a obra concretizada será objeto da tutela. Todavia, entende Costa Netto²⁵¹ que, no caso do autor que cria sua obra baseada na ideia de outrem, o responsável pela ideia não ser desamparado pela tutela jurídica.

3.5.5.1. Linguagem

Qualquer sistema de signos (não só vocais ou escritos, como também visuais, fisionômicos, sonoros, gestuais, etc.) capaz de servir à comunicação entre os indivíduos. A linguagem articulada é apenas um desses sistemas. Recursos usados pelo homem para se comunicar. Instrumento pelo qual os homens estabelecem vínculos no tempo e determinam os tipos de relações que mantêm entre si. A linguagem torna possível o desenvolvimento e a transmissão de culturas, bem como o funcionamento eficiente e o controle dos grupos sociais. Para Sapir, a linguagem chega a ser o meio de expressão de uma sociedade, a tal ponto que o mundo real é “inconscientemente construído sobre os hábitos de linguagem do grupo. Em grande parte, vemos ouvimos e temos outras experiências porque os hábitos da linguagem da nossa comunidade predispõem certas

250Tribunal de Grande Instância de Paris, 26 de maio de 1987 (Daloz, 1988, comentários sumários, 201, obs. COLOMBET). (op. cit., p. 180). *apud* COSTA NETTO, José Carlos. op. cit., p. 86.

251COSTA NETTO, José Carlos. op. cit., p. 86-87. Mas, ainda a título de exemplificação, vamos imaginar que um roteirista de cinema tenha ouvido, de uma determinada pessoa, uma história original, criada pela pessoa que a transmitiu e resolva utilizá-la como enredo para o seu roteiro e que este, depois seja transformado em obra cinematográfica. Entendo que, nesse caso – *uma vez que a situação esteja devidamente comprovada* -, o autor da história original, mesmo que transmitida verbalmente, deverá ser considerado como argumentista (*autor do argumento*) e, assim, receber a proteção legal na qualidade de coautor da obra cinematográfica. Contudo, assevera o autor que, na hipótese supracitada, não há a proteção da ideia, mas sim da obra intelectual originária, transmitida verbalmente.

escolhas de interpretação”. Esta concepção mais ampla de linguagem dá margem a duas posições divergentes: a) todos os seres vivos têm uma certa forma de linguagem; b) a linguagem é um fato exclusivamente humano, um método de comunicação racional de ideias, emoções e desejos por meio de símbolos produzidos de maneira deliberada.²⁵²

Para se compreender a não proteção da linguagem por Direito de Autor, importa, inicialmente, recorrermos a seu conceito e estudos:

Do provenç.. *lenguatge*. 1 O uso da palavra articulada ou escrita como meio de expressão e de comunicação entre pessoas. 2.A forma de expressão pela linguagem (1) própria de um indivíduo, grupo, classe, etc.: linguagem infantil; linguagem erudita; a linguagem de um documento jurídico. 3. O vocabulário específico usado numa ciência, numa arte, numa profissão, etc; língua. [...] 5. Tudo quanto serve para expressar ideias, sentimentos, modos de comportamento, etc; [...].

A doutrina relata que ao se investigar a evolução da linguagem e do pensamento no âmbito dos indivíduos, existem fortes indícios de que a capacidade intelectual está diretamente associada ao domínio da linguagem verbal, ou, genericamente, às funções semióticas.²⁵³

Desta forma, “[...] nem os gestos (a cinésica), nem os preceitos e os elementos sensíveis utilizados pelas expressões artísticas (salvo as literaturas) conseguem satisfazer todas as condições anteriores da linguagem propriamente dita. Podem ser chamados de linguagens, mas já num sentido secundário”²⁵⁴.

252RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. op. cit., p. 430. “Ao se investigar a evolução da linguagem e do pensamento no âmbito dos indivíduos (desenvolvimento ontogenético), existem indícios acentuados de que a capacidade intelectual está associada estreitamente ao domínio da linguagem verbal, ou, genericamente, às funções semióticas.” “Considerando-se, portanto, as marcas que distinguem a linguagem verbal, as demais formas de comunicação não se enquadrariam no sentido exato do termo. Isso porque um signo verdadeiramente linguístico possui quatro critérios que o definem, a saber: a existência de um par significante/significado; a superação do signo pelo conceito ou ideia expressa; a ligação imotivada, arbitrária e mesmo inexplicável entre significante e significado; a exigência de uma dupla articulação (monemas, fonemas). Logo, nem os gestos (a cinésica), nem os preceitos e os elementos sensíveis utilizados pelas expressões artísticas (salvo as literaturas) conseguem satisfazer todas as condições anteriores da linguagem propriamente dita. Podem ser chamados de linguagens, mas já num sentido secundário.”

253CUNHA, Newton. op. cit., p. 377.” De modo empírico, percebe-se que a língua serve de suporte ao pensamento, mas as investigações de natureza epistemológica ganharam profundidade, mais recentemente, em autores como Liov Vigótski ou Jean Piaget [...]”.

254Id. Ibid., p. 378.

3.5.6. Temas

Determinados temas, assuntos tornar-se destaque comum a um mesmo segmento, ora por necessidade de se obter a informação e o conhecimento, ora em razão do contexto, do fato ser de tamanha atualidade que todos querem informar e ser informados. O Desembargador Teixeira Leite²⁵⁵ afirma, em decisão, que é indubitável que os folhetins em referência não são providos de qualquer originalidade capaz de impedir a produção e a comercialização por empresas diversas, ainda que de mesmo ramo de atividade; tanto que, também de outras marcas e empresas, há grande oferta do mesmo tipo de compilação de notícias culturais, demonstrando-se tratar-se de experiência comum.

Ele conclui que não goza de proteção conferida pela lei o periódico folhetim, informativo, revista etc. que se concentra em um determinado tema no caso o marketing cultural -, publicando notícias, fatos, artigos, propagandas etc. a ele relativo. A lei permite e devem coexistir diversas publicações destinadas a um determinado tema ou esfera de conhecimento, como por exemplo, no caso sub judice, o marketing cultural, ou história (Revista “História Viva” e Revista “Nossa História”), ciências (Revista “Superinteressante” e Revista “Scientific American Brasil”, economia (Revista “Exame” e Revista “Carta Capital”) etc.”

Ainda, sobre o fundamento da não proteção dos temas, destaca Ascensão:

Por mais extraordinário, um tema pode ser milhares de vezes retomado. Uma Inês de Castro não preclui todas as outras glosas do tema. Um filme sobre um extraterrestre, por mais invectivo, não impede a erupção de uma torrente de obras centradas no mesmo tema.²⁵⁶

Cláudio Godoy²⁵⁷ defende a necessidade de se ater aos requisitos tradicionais de Direito Autoral e que a regulamentação tem como fundamento o resguardo aos direitos de personalidade do homem-criador.

²⁵⁵Relator na Apelação nº 0136929-66.2002.8.26.0100 - São Paulo - voto no 12450 3/5.

²⁵⁶ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 29.

²⁵⁷Desembargador Relator nos autos da Apelação Cível 990.10.181889-2/SP/7a. Câmara de Direito Público Privado do TJ/SP. “Somente com a transformação da ‘ideia’ em livro, como o constante na obra ‘A Magia dos Grandes Negociadores’, onde houve o desenvolvimento de todo o pensamento/ideia, ainda que advindo da exposição apresentada na palestra, o que era abstrato adquire o status de obra protegida. Após a ideia em si, o apelado criou a obra com a composição de diversos elementos, entre eles os elementos também utilizados pelo apelante (análise do comportamento humano – “expressivo, empreendedor, analítico, afável, versatilidade”), mas com o desenvolvimento do tema de forma individual e autônoma.”

Em análise de acusação de plágio e contrafação, entre um livro “A Magia dos Grandes Negociadores” e um curso de treinamento “Teoria do Fator Humano”, verifica-se que as semelhanças identificadas pela perícia deve-se ao fato de ambas cuidarem de tema inerente à psicologia, e, que a terminologia própria desta área se obriga a ser repetida, sempre que se trate do mesmo tema, lembrando, inclusive, que nenhum dos dois autores, criaram originalmente as ideias debatidas por ambos. Estas foram iniciadas por Carl Gustav Jung (Tipos Psicológicos), Myers-Briggs (Tipe Indicator-MTI). Assim, o desembargador conclui que não se pode reconhecer como obra aquilo que se encontra no campo de esquemas, planos ou regras para se realizar atos mentais, jogos ou negócios, como entendeu terem natureza de esquemas as palestras proferidas sob o título de “Teoria do Fator Humano”.

Costa Netto em sua obra apresenta decisões francesas²⁵⁸ que abordam o assunto:

Uma empresa utiliza publicidade contínua e famosa para apresentar seu produto branqueador com tema publicitário, dito de brancura comparada, que consiste em representar simultaneamente duas ou mais peças de roupa branca para fazer aparecer a similitude ou diferença de sua brancura. O litígio consistiu em reprovar uma empresa concorrente de ter indevidamente repetido esse tema nos seus anúncios publicitários, sustentando que se a ideia não é protegível, a exposição da ideia é: alegou que a brancura é uma ideia, mas a comparação das brancuras é um modo de exploração da ideia da brancura²⁵⁹. (negritos nossos)

Trata-se de ação objetivando indenização por violação de direitos autorais proposta por Carlo Pereira de Andrade, que acusa a TV Globo de plagiar sua obra “Chuva de Novembro” na novela “Alma Gêmea”. Resume-se os argumentos da ação proposta:

[...] a obra foi plagiada, fragmentada e inserida na novela, alinhavada por cenas cômicas, utilizando-se da justaposição de dois textos, sendo o primeiro caracterizado pelo lirismo dramático extraído da sua obra – que teria fornecido o apelo romântico e a originalidade do enredo –, e o segundo caracterizado pela comédia burlesca – constituindo um núcleo secundário da trama –, e que seria esta a contribuição do escritor WALCYR CARRASCO na novela ALMA GÊMEA.

258COSTA NETTO, José Carlos. op. cit., p. 83-84.

259Corte de Apelação de Paris, 22 de abril de 1969 (Daloz, 1970, 214, Nota Mousseron: ICP ‘970 II, 14059). Esta transcrição, bem como os demais relatos e citações jurisprudenciais das Cortes francesas a seguir – itens “a” a “f” – foram extraídas da obra *Notion Fondamentales Du Droit d’ Autueur – recueil de Jurisprudence* do Professor PIERRE SIRINELLI, publicação OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), Genebra, 2002, PP. 178/228), *apud* COSTA NETTO, José Carlos. op. cit., p. 84.

Em resposta a TV Globo afirma que a identidade entre as obras se dá nos temas em que ambas tratam, tais como amor eterno, sentimento de luto por perda da amada, romantismo exacerbado, argumentando que tais temas são comuns e sem nenhuma originalidade. E assim foi decidido nos seguintes termos:

“E assiste razão a ré TV GLOBO quando afirma que as telenovelas brasileiras possuem em sua estrutura uma trama central e muitas outras secundárias, estando inseridas na novela ALMA GÊMEA, além do romantismo, o drama e o humor, diferenciando-se da obra do autor CARLOS PEREIRA de maneira expressiva, sendo certo que eventuais semelhanças são de domínio público e comum a todo e qualquer tipo de obra do gênero.

A afinidade de ideias não é protegida pela Lei 9610/98 e a inexistência de semelhanças fulcrais descaracteriza o plágio. Os temas tratados nas obras literárias CHUVA DE NOVEMBRO e ALMAS GÊMEAS (como o romantismo exacerbado, amor eterno, reencarnação imediata, obsessão pela amada falecida, sentimento de luto morbidamente prolongado, convicção de que a mesma alma reencarnou, romantismo expresso por uma quantidade exagerada de rosas vermelhas, o amor sincero representado por uma única e exclusiva rosa, a obsessão em executar a música da pessoa que se ama, a idolatria por meio de uma pintura, o amor entre duas pessoas de classe social diferentes, a loucura passional, a dor da perda e a felicidade do reencontro, a iniciação sexual, o sentimento de culpa materno e relação conflituosa entre nora e genro) são temas banais na produção de obras de ficção, sejam elas escritas, cinematográficas ou televisivas.”

É possível admitir-se como regra que todas as obras baseadas em temáticas comuns, em fatos históricos, em situações cotidianas, implicam em uma forma de apoderamento de ideias alheias, até porque integram o denominado inconsciente coletivo. O Direito Autoral não permite a reivindicação de temática exclusiva. Por outro lado, em seu escopo está a forma de expressão de determinado tema, ideia, ou seja, importa, conforme o gênero, por exemplo, na obra audiovisual, como será a elaboração do roteiro e sua direção, formas de expressão de maior ou menor carga de emoção ou razão.

3.5.7. Obras Ilegais, Imorais

A Convenção de Berna assegura aos governos o direito de permitir, vigiar ou proibir a circulação, representação ou exposição de qualquer obra ou produção. (art. 17). Outra hipótese prevista na Convenção trata da obra retirada de circulação por virtude de sentença judicial irrecorrível (art. 22). Qualquer que seja portanto a razão de

ilegalidade²⁶⁰ da obra, qualquer que seja a razão de ordem pública que torna aquela criação inaceitável, a obra não goza de proteção. O preceito exige sentença judicial irrecurável, o que dá portanto a garantia de uma apreciação judicial completa do caso²⁶¹.

A Convenção apresenta redação ou tradução imprecisa ao dizer que o autor “não pode exercer direitos autorais”. Quando se fala que alguém não pode exercer determinados direitos, supõe-se que este sujeito não esteja legitimado para tanto, passando-se a ideia de que tais direitos existam e porventura tenham sido suspensos, sendo portanto a obra protegida. Entretanto, as obras não protegidas não produzem efeitos jurídicos no campo do Direito Autoral. A criação não é protegida, por ser ilícita. O autor da criação não alcança o status jurídico de autor²⁶² inerente à Lei de Direito Autoral, pois, na verdade, não detém direitos autorais, a criação não protegida pela Lei de Direito Autoral não produz efeitos jurídicos para o seu criador²⁶³.

Bruno Hammes²⁶⁴ tem posição defende que, mesmo as obras consideradas proibidas (aquelas que instigam guerra, discriminação de raça ou religião), são protegidas pelo direito de autor, sendo vedada, porém, sua publicação.

A validade do negócio jurídico requer agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (Art. 104, CC). Maria Helena Diniz afirma que o negócio jurídico válido deverá ter, como diz Crome, todas as partes que o constituírem, um conteúdo legalmente permitido (in allen ihren Bestandteilen einen rechtlich zulässigen Inhalt). Deverá ser lícito, ou seja, conforme a lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública e à moral. Se tiver objeto ilícito será nulo²⁶⁵.

260Cf. DINIZ, Maria Helena. op. cit., v. 2, 2005. p. 893: De acordo com a teoria geral do direito, a palavra “ilegalidade” descreve um ato ilegal, a condição ou qualidade do que é ilegal, uma ilicitude, aquilo que seja contra a legalidade, que está em oposição à lei.

261ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 83-84.

262Cf. Art. 11, Lei 9.610 de 1998. “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.”

263Cf. DINIZ, Maria Helena. op. cit., v. 2, 2005, p. 456: É considerado objeto da relação jurídica aquele sobre o qual recai o direito do sujeito ativo. O poder do sujeito passa a incidir sobre um objeto imediato, que é a prestação devida pelo sujeito passivo, por ter a permissão jurídica de exigir uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, e sobre um objeto mediato, que é o bem móvel, imóvel ou semovente sobre o qual recai o direito, devido à permissão que lhe é dada por norma de direito de ter alguma coisa como sua, abrangendo, ainda, os seus modos de ser (vida, nome, liberdade, honra etc.).

264HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*, cit., p. 56.

265Cf. Código Civil. Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Os atos imorais²⁶⁶ são condenados nos diversos campos do Direito, naturalmente, de acordo com os usos e costumes de dada cultura, a certa época e contexto do ato e/ou fato jurídico. A obra obscena²⁶⁷ poderia ser um texto, um desenho, pintura, música destinada ao comércio, distribuição ou exposição pública. que atente contra o pudor, a moral de seu tempo e território. Contudo, Celso Delmanto e outros²⁶⁸ comentam que já antes da Constituição Federal da República de 1988 vinha decrescendo muito a repressão deste delito, em virtude da mudança dos costumes e da maior liberdade concedida pelos antigos órgãos de censura. Sendo que a partir da abolição da censura (Art. 5º, IX), passou a ser regular a prática comercial de exibição de filmes pornográficos, as seções especializadas em locadoras de vídeo e canais a cabo, revistas e assim por diante. Em face do Princípio da adequação social, causa supralegal de exclusão da tipicidade, a despeito do art. 234 do Código Penal continuar em vigor, as condutas ali descritas não são comumente punidas, visto que o pudor público (bem jurídico tutelado) modificou-se. Paulo José da Costa Jr menciona ser o Código Penal italiano um caso de adequação social codificada. Este não considera obscena a obra de arte ou de ciência (§2º do art. 529)²⁶⁹.

José de Oliveira Ascensão²⁷⁰ entende que a cláusula dos bons costumes implica a relevância jurídica, não daquilo que se pratica, nem do que deve ser praticado,

266Cf. DINIZ, Maria Helena. op. cit., v. 2, 2005, p. 892. Para o Direito Civil a palavra “imoral” significa o que é contrário à moral ou aos bons costumes. Para o Direito penal, pode-se identificar o atentado ao decoro ou ao pudor, obsceno ou pornográfico, ato de improbidade administrativa ou atentatório à decência pública. Enquanto na linguagem comum, trata-se da pessoa indecente ou sem moral, do indivíduo devasso ou libertino. Já para a sociologia geral, imoral é considerado tudo aquilo que é atentatório ao padrão cultural dominante num dado contexto social, numa época.

267O Código Penal, no art. 233, descreve como ato obsceno aquele praticado em lugar público, ou aberto ou exposto ao público. e no art. 234 identifica como atos obscenos: fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno; vender, distribuir ou expor à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo; realizar, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter-realizar, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.

268Cf. DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

269ROCCO, Alfredo. Il dolo nella falsità di bilanci delle società commerciali. In. Riv. Pen., 1941, p. 2. *apud* COSTA JR., Paulo José. *Código Penal comentado*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2005. p. 786-790. Ao tratar do objeto obsceno e arte cita Alfredo Rocco que na sua Exposição de Motivos ao Código Penal italiano vigente, mencionou: “Para que não se venha a recair nos excessos de uma carolice incompatível com o espírito da civilização moderna, deve a lei penal, ao tutelar o pudor, não cancelar nem oprimir as superiores necessidades da ciência e as aspirações insuprimíveis do espírito humano com relação às belezas da arte.” O citado autor italiano defende que a verdadeira beleza artística não ofende o sentimento de pudor, pois a pureza das linhas estéticas não desperta desejos impuros no homem normal, talvez a melhor nomenclatura seja homem médio ou comum. Pois o que é o homem normal?

270ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 83-84.

mas daquilo que a sociedade aceita predominantemente como devendo ser praticado²⁷¹. Mesmo que a proibição resulte de regra ou sentença penal, concluimos que o autor mantém direito, no silêncio da nossa lei. Discordamos, com todo o respeito, da posição do ilustre jurista, justamente por ser o enfoque deste trabalho destacar a importância da hermenêutica para a melhor identificação de obras não protegidas, excluídas do sistema de proteção de direito autoral por outras fontes do direito, não devendo a hermenêutica restringir-se à Lei.

A Corte de Cassação italiana chegou a conclusão de que para que uma obra de arte de fundo obsceno possa assumir a dignidade de uma obra de arte, é necessário que a obscenidade esteja contida em determinados limites impostos pela própria arte e sobretudo que seja exposta com tal elevação de forma, que quanto exista de sensual passe para um plano secundário ou quase se anule.²⁷²

3.5.8. Formatos de Programas de Televisão

É verdade que a espécie do gênero da obra audiovisual até a edição da Lei 9.610 de 1998 eram tutelados analogamente à obra cinematográfica. Na lei em vigência, não há exclusão expressa no rol do artigo 8º. Sobre a hermenêutica a se conferida ao art. 7º da Lei Autoral, a qual contém um rol exemplificativo de criações intelectuais que possam vir a ser protegidas pela Lei de Direitos Autorais. Note-se que no citado dispositivo, não se encontra a menção expressa sobre obra audiovisual. Essa omissão, causa insegurança jurídica ao investidor estrangeiro, a despeito de haver o conceito de obra audiovisual descrito de forma expressa, entretanto, imperfeita, na letra “i” do art. 5º. Todavia a doutrina e a jurisprudência reconhecem tal proteção. Imagine-se a discussão sobre formatos de programa de televisão.

No ano que se instaurou a disputa entre as empresas SBT e Rede Globo e Endemol foi formado um GEPI²⁷³ sobre o caso, que para nós era conhecido como “Big

271Cfr. as nossas ASCENSÃO, José de Oliveira. *Lições de teoria geral do direito civil: ações e fatos jurídicos*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. v. 3.

272Decisão da Corte de Cassação Italiana. 1º de dez. 1949, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1949, p. 1179 *apud* COSTA JR., Paulo José. *op. cit.*, p. 786-790.

273Grupo de estudos de propriedade intelectual, tradicionalmente realizado pela ASPI – Associação Paulista da Propriedade Intelectual. Realiza-se quatro ou cinco encontro onde se dividem questões entre os membros do grupo, formado por associados e não associados da entidade e a cada encontro, durante as apresentações ocorrem debates, com uma palestra de encerramento ao final. Neste caso, em especial, Prof. Delia Lipszyc foi a palestrante.

Brother” e “Casa dos Artistas”, e, era quase uníssono no grupo de estudos que “não existia roteiro” no “Big Brother” e essa suposição era a forma simplista de se desclassificar “Big Brother” como obra audiovisual, portanto, não seria o programa protegido por Direito Autoral.

É interessante, como contraponto dessa posição jurídica, lembrar de uma máxima de Glauber Rocha quando explicava o que era para ele fazer cinema: “uma câmera na mão e uma ideia na cabeça”. O improviso audiovisual não pode ser considerado criação intelectual protegida? A não existência de planejamento escrito diluiria a originalidade da forma de expressão apresentada nestas hipóteses? Todas as vezes que estivermos diante de um audiovisual que não tenha sido formalmente roteirizado, estaríamos diante de criação intelectual não protegida por Direito Autoral? Qual seria o fundamento? Ausência de forma de expressão original? A forma de expressão da obra audiovisual não nos parece estar em seu roteiro, ele a integra. Em regra, inclusive, como obra artística de destaque na composição da obra audiovisual²⁷⁴. Ou, manter-se-ia a cômoda e antiquada convicção de que para se reconhecer a proteção autoral a um audiovisual, se adotaria o roteiro como pressuposto. Talvez esta seja a única criação do espírito a que se demande um pressuposto adverso de todas as demais criações do espírito, protegidas pela Lei Autoral.

A expressão “tais como”, contida na parte final do caput do referido artigo 7º, não deixa dúvida quanto ao caráter meramente exemplificativo das obras relacionadas, portanto, o intérprete deve se pautar pelos pressupostos da proteção ao Direito Autoral, na forma da doutrina e decisões prévias, prioritariamente nacionais, porém, sendo sempre inspirador o direito e decisões estrangeiras, em especial, aquelas que sejam coerentes com o sistema romano-germânico, sem se perder de vista a realidade social e econômica do Brasil. Cabe ao intérprete estar atento ao desenvolvimento da sociedade e das novas formas de criação, sendo coerente com o seu tempo.²⁷⁵

Assenta Cláudio Lins Vasconcelos²⁷⁶ que a comercialização do formato de televisão é respeitada e reconhecida em seu meio, de modo que, em que pese a falta de originalidade, a tutela pelo direito autoral deve ser preservada. Argumenta que talvez não

274Cf. Art. 16 da Lei 9.610 de 1998.

275MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica a aplicação do direito*. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. P. 208 *apud* RIBEIRO, Adriano Claudio Pires. *op. cit.*, p. 85. Carlos Maximiliano que critica a rigidez de determinados preceitos: “A impossibilidade de enquadrar em um complexo de preceitos rígidos todas as mutações da vida prática decorre também do fato de poderem sobrevir, em qualquer tempo, invenções e institutos não sonhados sequer pelo legislador.”

276VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Mídia e propriedade intelectual: a crônica de um modelo em transformação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 138-140.

seja possível enquadrar o formato televisivo propriamente como uma obra intelectual²⁷⁷. Enquadra, portanto, a situação do programa televisivo como um caso típico de concorrência desleal, pelo uso irregular de informações privilegiadas. Sobre o requisito para a proteção, diz Vasconcelos²⁷⁸ que a originalidade é o critério decisivo:

[...] sob a ótica do DIPI (direito internacional da propriedade intelectual) contemporâneo, o único critério remanescente para saber se uma obra intelectual é ou não passível de proteção legal é a “originalidade”. Se é original, é protegido; ao menos potencialmente, isso, representa uma ampliação considerável do escopo protetivo em relação ao observado no contexto pré-TRIPS.

Destaca RIBEIRO²⁷⁹ que, além da questão da originalidade e da personalidade, outras obras que poderiam receber a tutela do direito autoral também foram excetuadas, em razão do conflito com o interesse público. Sobre o conceito e a razão da não proteção das ideias, ressalta: “[...] Na verdade, não há nenhuma impossibilidade jurídica em se tutelar as ideias, mas se trata de política cultural de estímulo a produção intelectual.”

Na tentativa de abarcar um maior número de obras protegidas, passou-se a desenvolver o conceito de ideia elaborada, inicialmente exposta pelo advogado inglês Stanley Rubinstein²⁸⁰, na Comissão de Legislação da Confederação Internacional da Sociedade dos Autores e Compositores.²⁸¹ Até o presente momento pode-se afirmar que a jurisprudência dominante não reconhece a proteção autoral a formatos televisivos.

277VASCONCELOS, Cláudio Lins de. op. cit., p. 198. “[...]mas seria certamente possível considerá-lo entre as informações passíveis de proteção na disciplina internacional do segredo industrial, cuja violação constituiria a hipótese de concorrência desleal tutelada pelo artigo 10 (bis) da Convenção de Paris e artigo 39 do Acordo TRIPS. Diferentemente do que possa à primeira vista parecer, não é a ideia do programa em si objeto da proteção legal, mas as informações sigilosas a que algum concorrente possa vir a ter acesso.

278VASCONCELOS, Cláudio Lins de. op. cit., p. 198.

279RIBEIRO, Adriano Claudio Pires. op. cit., p. 87-88.

280A palestra de Stanley Rubinstein na referida Comissão foi traduzida para o italiano e publicada na revista jurídica. IDA: *Il diritto di autore*, Milano, p. 43-51, 1953 [Palestra] *apud* RIBEIRO, Adriano Claudio Pires. op. cit., p. 90-91. De acordo com o Rubinstein: “[...] a denominada “ideia elaborada”, que poderia merecer a tutela do Direito de Autor, é aquela que, a despeito do número de palavras, confere aos seus ouvintes a representação mental completa de uma obra nova, fato que, no seu entender, impediria outra pessoa de utilizá-la.” Rubinstein sustenta que é enquadrada no referido conceito a ideia, com a devida demonstração de sua aplicação, desde que atenda aos requisitos originalidade e que haja a redução da ideia a uma forma suficientemente definida e concreta.

281A palestra de Stanley Rubinstein na referida Comissão foi traduzida para o italiano e publicada na revista jurídica. IDA: *Il diritto di autore*, Milano, p. 43-51, 1953 [Palestra] *apud* RIBEIRO, Adriano Claudio Pires. op. cit., p. 90-91.

4. NORMAS TÉCNICAS

4.1. Norma técnica. Conceito

Norma técnica²⁸² é originalmente um documento estabelecido por consenso e aprovado por um organismo reconhecido que fornece, para uso comum e repetitivo, regras, diretrizes ou características para atividades ou para seus resultados, visando à obtenção de um grau ótimo de ordenação em um dado contexto. Esta é a definição internacional de norma.

A Organização Internacional de Normalização – ISO, sediada em Genebra na Suíça, é o organismo que aprova normas técnicas internacionais em todos os campos técnicos, exceto na eletricidade e eletrônica, cuja responsabilidade é da International Electrotechnical Commission (IEC), ambas referência mundial para o desenvolvimento da normalização.

Tendo em vista a complexidade terminológica da atividade de normalização e a importância de uma compreensão clara e segura as citadas entidades internacionais desenvolveram um guia de vocabulário geral para a normalização e atividades afins, o qual foi internalizado no sistema de normalização brasileiro, na forma do ABNT ISO/IEC Guia 2:2006.²⁸³

O ABNT ISO/IEC Guia 2:2006 adota a palavra "standard" com o significado de documento normativo (3.2) e não padrão de medida, ou seja, cai a nomenclatura padrão como tradução de "standard". O referido guia cuida de normalização, não mais se aceitando a expressão padronização.

Nota-se que a atual versão do referido documento (fls. iv) chama a atenção para a terminologia correta, rechaçando o uso do termo "padrão", adotado no Guia ISO de 1996, e sim, convencionou-se mundialmente o uso da expressão "norma", na forma do atual item 3.2 (fls. 04): Norma – documento estabelecido por consenso e aprovado por um

282Vide site: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI. Disponível em: <www.normalizacao.cni.org.br>.

283PREFÁCIO Internacional. fl. IV. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT ISO/IEC Guia 2. Normalização e atividades relacionadas – vocabulário geral*. 2. ed. Informativo virtual ABNT. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/61409957/ABNT-ISO-IEC-Guia-2-2006>>.: “A fim de evitar incoerências terminológicas, foi necessário estabelecer um entendimento claro dos conceitos básicos e fornecer os termos gerais e suas definições sem ambigüidades.”

organismo reconhecido, que fornece, para uso comum e repetitivo, regras, diretrizes ou características para atividades ou seus resultados, visando à obtenção de um grau ótimo de ordenação em um dado contexto²⁸⁴.

4.1.1. Normalização

A normalização não é um negócio, é uma atividade de extrema relevância ao interesse público, realizada em prol da sociedade e não em prol de cada entidade.

A atividade de normalização é aquela que estabelece, em relação a problemas existentes ou potenciais, prescrições destinadas à utilização comum e repetitiva, com vistas à obtenção do grau ótimo de ordem, em um dado contexto²⁸⁵.

Em particular, a atividade consiste nos processos de elaboração, difusão e implementação de normas.

São objetivos da normalização a adequação ao propósito de um produto, processo ou serviço, tais como controle de variedade, facilidades de uso, compatibilidade, intercambialidade, proteção do produto, entendimento mútuo, desempenho econômico, comércio e especialmente a saúde, a segurança, a proteção do meio ambiente²⁸⁶.

4.1.2. A normalização internacional

Norma internacional é aquela adotada por uma organização internacional com atividades de normalização, ou por uma organização internacional de normalização, e colocada à disposição do público²⁸⁷.

É considerado um organismo de normalização aquele que em virtude de seus estatutos, tenha como uma de suas funções principais a preparação, aprovação ou adoção de normas, que são colocadas à disposição do público²⁸⁸.

284Vide nota do referido Guia: “Convém que as normas sejam baseadas em resultados consolidados da ciência, tecnologia e da experiência acumulada, visando à otimização de benefícios para a comunidade”.

285Cf. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT ISO/IEC Guia 2*, cit.

286Cf. Id. *Ibid*.

287Cf. item 3.2.1.1 do ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT ISO/IEC Guia 2*, cit.

288ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT ISO/IEC Guia 2*, cit., p. 5.

A normalização mundial é abalizada fundamentalmente pelo trabalho de três entidades internacionais: (i) a Organização Internacional de Normalização (ISO), ii) a Comissão Eletrotécnica Internacional (IEC), (iii) União Internacional das Telecomunicações (UIT), contudo, e, especialmente em referência ao Acordo OMC (SPS), destacam-se, ainda, o Comitê do Codex Alimentarius²⁸⁹, o Escritório Internacional de Epizootia e a Secretaria de Proteção às Plantas²⁹⁰.

Verifica-se importante equívoco por parte do governo brasileiro²⁹¹ restringir-se a mencionar que dentre as organizações internacionais de normalização, para referência ao SPS, destacam-se apenas o Comitê do Codex Alimentarius, o Escritório Internacional de Epizootia e a Secretaria de Proteção às Plantas. Aqui deveriam também figurar com destaque os organismos de normalização internacional ISO e IEC.

A atividade internacional de normalização tem por objetivo colaborar no balizamento universal de normas técnicas a serem publicadas e internalizadas nos diversos países.

4.2. ABNT e o sistema de normalização: uma digressão histórica

A ABNT foi fundada em 1940 sob a natureza jurídica de associação civil, autônoma e independente do poder público, e, pautada pelas necessidades de seus associados, os quais eram, no primeiro momento, figuras afeitas ao seguimento da energia elétrica.

289O Codex Alimentarius é um fórum internacional estabelecido pela Organização das Nações Unidas, por meio da FAO (Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação) e da OMS (Organização Mundial de Saúde). Criado em 1963, o Codex estabelece normas sanitárias que facilitam o comércio de alimentos e protegem a saúde dos consumidores. Atualmente, é composto por mais de 170 Estados-membros, além de contar com mais de 150 observadores de organizações não-governamentais. As decisões do Codex são aprovadas, majoritariamente, por consenso, com base em critérios técnicos fornecidos por especialistas da FAO e da OMS. O Brasil participa ativamente das reuniões do Codex Alimentarius, por defender a aplicação de princípios técnicos para o comércio internacional de alimentos. Critérios não pautados por normas e procedimentos estabelecidos pelo Codex podem converter-se em barreiras não tarifárias aplicadas ao comércio internacional de alimentos, sob o pretexto de proteger a segurança alimentar dos consumidores de países importadores. Nesse sentido, é necessário garantir a presença de técnicos brasileiros nos diversos Comitês do Codex, para que, juntamente com os representantes de outros Estados, elaborem normas internacionais de segurança alimentar legítimas. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/index>>.

290Cf. INMETRO. Disponível em: <www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas>.: verifica-se importante equívoco por parte do governo brasileiro restringir-se a mencionar que dentre as organizações internacionais de normalização, para referência ao SPS, destacam-se apenas o Comitê do Codex Alimentarius, o Escritório Internacional de Epizootia e a Secretaria de Proteção às Plantas. Aqui deveriam, também figurar, como destaque os organismos de normalização internacional ISO e IEC.

291INMETRO. Disponível em: <www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas>.

Paulatinamente, em razão da bem sucedida proposta, seu espectro foi se ampliando, e seus membros foram se multiplicando, bem como foi se diversificando o escopo da atuação de seus grupos de estudos, que acabou por analisar experiências e necessidades de diversos seguimentos da produção nacional.

Em 21 de novembro de 1962, por meio da lei nº 4.150, a ABNT foi declarada de utilidade pública²⁹², foi este o primeiro reconhecimento da importância da normalização para o país.

Esta condição de utilidade pública baseia-se na natureza da atividade desempenhada. Assim, diante deste prisma, analisa-se o fenômeno da produção de normas no espaço de normatização privado-articulado por atores privados-, todavia, de forma atrelada ao comando da delegação do Poder Público – CONMETRO, SINMETRO – Ministério da Indústria e Comércio - Estado.

4.3. A normalização como atividade estratégica do Estado

Durante o passar dos anos, ao passo que se percebia a importância da aplicação e observância das normas técnicas, a própria sociedade através de seus representantes no Congresso, impulsionou os legisladores a conclamar o Estado a nortear todo o processo de normalização por meio da criação do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - SINMETRO em 1973.

Cunha Ferraz²⁹³ afirma que a função de normalização, no quadro institucional brasileiro, foi positivada no ordenamento jurídico infraconstitucional pela criação do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, instituído pela lei nº 5.966, de 11/12/1973.

²⁹²MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1990. p. 295-296: Para melhor compreensão da condição da ABNT, que apesar de ter natureza privada de criação, exerce atividade declarada de utilidade pública, cita-se Hely Lopes Meireles que esclarece o conceito de serviços de utilidade pública: “são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (...)” “(...) o serviço objetiva facilitar a vida do indivíduo na coletividade, pondo à sua disposição utilidades que lhe proporcionarão mais conforto e bem-estar. (...) fundados na consideração de que aqueles se dirigem ao bem comum e estes, embora reflexamente interessem a toda a comunidade, atendem precipuamente às conveniências de seus membros individualmente considerados.”

²⁹³FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O posicionamento institucional da ABNT e das normas técnicas no quadro dos direitos fundamentais. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 6, n. 1, p. 63-95, jan./jun. 2006.

Em 1988, ao lado de todas as garantias gerais e instrumentais constitucionais expressamente consagradas, destaca-se a função institucional do Poder Público de promover e proteger o exercício dos direitos fundamentais, através de diferentes mecanismos e atividades, bem como “manter a ordem pública”, “assegurar a proteção da vida aos indivíduos”, “defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações” (art. 225, caput) e, para assegurar a efetividade desse direito.

Em 24 de agosto 1992 por Resolução do CONMETRO nº 7 a ABNT tornou-se o Fórum Nacional de Normalização. Esta resolução tornou público o termo de compromisso realizado entre o governo brasileiro e a ABNT, o qual definiu a nova competência da até então autônoma associação civil sem fins lucrativos, assumindo como missão coordenar, orientar e supervisionar o processo de elaboração de Normas Brasileiras bem como elaborar e editar as referidas normas; manter seu Sistema de Qualidade de modo a assegurar que o processo de elaboração e revisão de Normas Brasileiras atenda aos dispositivos legais do SINMETRO, pertinentes ao seu campo de atuação; e, credenciar Organismos de Normalização Setorial – ONS, segundo critérios, procedimentos e regulamentos aprovados pelo CONMETRO e fazer o respectivo acompanhamento.

Assim, a ABNT, por meio da Resolução nº. 07 do CONMETRO de 1992 foi elevada à qualidade jurídica de Fórum Nacional de Normalização adquirindo, por delegação do Poder Público²⁹⁴.

Cunha Ferraz²⁹⁵ reconhece neste ato a delegação de atribuições públicas a um organismo privado, que passa a ser agente credenciado pelo Poder Público para exercer atividade específica, de acordo com diretrizes por ele aprovado.

A partir de então, a ABNT deixou de atuar livremente como uma entidade privada, e passou a exercer, a critério do Estado brasileiro, por meio de resoluções do CONMETRO a atividade de normalização, a fim de colaborar com a missão institucional do Estado de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e

294Foi prolatada decisão de mérito pela 21ª Vara Federal de São Paulo nos autos do Processo nº. 2006.03.00.057709-1 onde o Juiz Federal Maurício Kato conclui que “A ABNT age por delegação do poder público e seus atos não são, por isso, atos oficiais, cogentes, mas como atos públicos dão suporte para normas jurídicas e quando tais regras são veiculadas em leis e atos normativos em geral, tornam-se obrigatórias e vinculantes e não faz sentido que uma lei fixe determinada ação ou omissão, com base em norma técnica e, o ordenamento jurídico, por outro lado, impeça ou dificulte o conhecimento do seu conteúdo, porquanto é essa padronização que esclarece a exigência de conduta ou abstenção legal.”

295FERRAZ, Anna Candida da Cunha. op. cit., p. 73.

substâncias que comportem riscos para a vida, a qualidade de vida ou o meio ambiente para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros (art. 225, V, e §1º).

Os compromissos sociais do Fórum Nacional de Normalização estão mencionados no artigo 1º. de seu Estatuto Social, entre os quais importa salientar a promoção a elaboração de normas técnicas, o fomento de seu nos diversos seguimentos de sua atuação, como colaborar com o Estado e a sociedade civil no tocante aos assuntos de normalização técnica.

4.4. Fórum nacional de normalização

Assim, a ABNT, que foi criada em 1940 como uma associação civil, recebeu legal e formalmente a delegação do Ministério do Desenvolvimento e Comércio Exterior, por meio de resolução do CONMETRO, a qualidade jurídica de Fórum Nacional de Normalização adquirindo, portanto, um novo status jurídico.

A partir de então, a ABNT deixou de atuar na esfera privada e passou a exercer, a critério do Estado brasileiro, por meio de resoluções do CONMETRO, o papel de uma espécie de agente do Estado, ou uma espécie *sui generis* de agência de normalização brasileira.

A norma técnica brasileira deixou de ser um simples padrão de qualidade ou de competitividade e passou a integrar o sistema jurídico, colaborando com o Estado no papel de mecanismo de proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, ao fixar condições exigíveis para os eixos de veículos rodoviários rebocados de carga (NBR 10960), padronizar válvula de segurança para vagão tanque destinado ao transporte de produto líquido não corrosivo (NBR 12384), estabelecer símbolos gráficos para sinalização ferroviária (NBR 12512), fixar regras de construção das ferramentas elétricas portáteis de qualquer frequência nominal para a segurança do usuário (NBR 6410), estabelecer especificações para a segurança em laboratório clínico (NBR 14785) e assim por diante.

Os compromissos sociais do Fórum Nacional de Normalização estão mencionados no artigo 1º. de seu estatuto social: Promover a elaboração de normas técnicas e fomentar seu uso nos campos científico, técnico, industrial, comercial, agrícola e correlatos, mantendo-se atualizadas, apoiando-se, para tanto, na melhor experiência técnica

e em trabalhos de laboratório; Incentivar e promover a participação das comunidades técnicas de pesquisa, desenvolvimento e difusão da normalização técnica do País; Representar o Brasil nas entidades internacionais de normalização técnica e delas participar; Colaborar com organizações similares estrangeiras, intercambiando normas e informações técnicas; Colaborar com o Estado no estudo e solução dos problemas que se relacionem com a normalização técnica em geral; Conceder, diretamente ou por meio de terceiros, Marca de Conformidade e outros certificados referentes à adoção e aplicação setorial vigente; Prestar serviços no campo da normalização técnica; Intermediar junto aos poderes públicos os interesses da sociedade civil no tocante aos assuntos de normalização técnica.

Em 08 de novembro de 2004, sessenta e quatro anos depois da criação da ABNT, o CONMETRO ao editar o Plano Brasileiro de Normalização – PBN reconhece que a atividade de normalização exerce papel fundamental na atividade econômica, e insubstituível na definição de padrões, no estabelecimento de regras de negócios e concorrência leal, como indutora do desenvolvimento industrial, da ciência e da tecnologia e da competitividade do país.

4.5. Processo de elaboração das normas técnicas brasileiras

As normas técnicas são elaboradas nos Comitês Brasileiros da ABNT (ABNT/CB) ou em Organismos de Normalização Setorial (ONS) por ela credenciados. Os ABNT/CB e os ONS são organizados numa base setorial ou por temas de normalização que afetem diversos setores, como é o caso da qualidade ou da gestão ambiental²⁹⁶.

Os textos das normas são desenvolvidos em comissões de estudos (ABNT/CE), no âmbito dos ABNT/CB; ou, quando se justifica e o assunto é restrito, em CE Especiais Temporárias (ABNT/CEET), independentes. A participação é aberta a qualquer interessado, independentemente de ser associado da ABNT. A sociedade colabora no processo de desenvolvimento de normas. As normas técnicas são estabelecidas por consenso entre os interessados e posteriormente são submetidas à sociedade por processo de consulta pública²⁹⁷.

²⁹⁶Segundo informativo virtual ABNT www.abnt.org.br.

²⁹⁷Vide Boletim da ABNT ou Diário Oficial da União.

A composição das comissões de estudos é matéria estatutária²⁹⁸, formada em geral por figuras como produtores e consumidores de insumos básicos, matérias-primas em geral, bens e serviços; órgãos técnicos, profissionais e entidades governamentais e privadas. Qualquer cidadão interessado, como qualquer entidade observadora poderá ser credenciada para atender as reuniões de uma comissão de estudos para a elaboração de uma norma.

Neste processo de produção da norma não se insere a característica pessoal e espiritual de cada um dos membros voluntários que trabalharam na comissão.

Os membros das comissões seguem parâmetros ao aplicarem o conhecimento técnico e informações de necessidade funcional para a formatação de cada NBR. As sugestões obtidas na Consulta Pública são analisadas pela Comissão de Estudo (CE) e o Projeto de Norma é aprovado e encaminhado à Gerência do Processo de Normalização da ABNT para homologação e publicação como Norma Brasileira - NBR.

As normas ABNT NBR podem ser classificadas em seis funções, ora vejamos:

- a) As normas de classificação são aquelas que classificam o espaço físico para o uso do solo urbano, com vistas à elaboração de levantamentos, planos e legislação a respeito.
- b) As normas de especificação objetivam fixar as condições exigíveis para antena VHF, de baixo perfil, para veículo metro-ferroviário, para comunicação terra-trem.
- c) As normas de método de ensaio prescrevem o método de determinação da massa específica e do teor de ar do concreto fresco, pelo processo gravimétrico.
- d) As normas de padronização padronizam os princípios gerais para o preenchimento da ficha de declaração de carga para o transporte ferroviário de mercadoria perigosa.
- e) As normas de simbologia estabelecem os símbolos para identificação da resina termoplástica, utilizada na fabricação de embalagens, que facilite a

298Ver artigo 33 do Estatuto da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

seleção de recipientes e embalagens plásticas em geral, de acordo com a sua composição.

- f) As normas de terminologia relacionam e definem os termos que devem ser utilizados nas atividades de projeto e execução de redes telefônicas internas, compreendendo a parte das tubulações e da rede de cabos e fios telefônicos.

A classificação de normas técnicas colabora para a melhor compressão da definição internacional proposta, a qual se limita a considerá-la como um documento estabelecido por consenso e aprovado por um organismo reconhecido que fornece, para uso comum e repetitivo, regras, diretrizes ou características para atividades ou para seus resultados, visando à obtenção de um grau ótimo de ordenação em um dado contexto²⁹⁹.

As normas técnicas além de materializar resultados de práticas experimentais, fornecem um método de padronização, isto é, procedimentos para se obter máxima qualidade, produtividade e segurança de produtos e serviços e a sua reunião é mera facilitação de acesso ao conteúdo pelo usuário ou interessado, enquadrando-se no conceito de “idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos”, de que trata o art. 8º, da Lei n. 9.610/98.

O processo de elaboração da norma é funcional, baseado em estudos de temas previamente elaborados, obedientes a diretrizes técnicas preestabelecidas e decididamente baseadas em experiências.

4.6. Da forma de expressão

A padronização do texto da norma técnica ABNT NBR no Brasil é determinada pela Resolução CONMETRO 06 de 24 de agosto de 1992 (vide nº 7, letra “a”) que, por sua vez, baliza-se no padrão da Organização Internacional de Normalização - ISO, conforme tradução da Diretiva 3 ABNT/ISO/IEC.

²⁹⁹Vide site CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI. Disponível em: <www.normalizacao.cni.org.br>.

Este documento elucida que a disposição sistêmica das normas técnicas não segue a livre inspiração da criatividade humana, uma vez que toda norma deverá obedecer a seguinte ordem de descrição:

- a) Princípios gerais,
- b) Esquema geral, estrutura e conteúdo.
- c) Divisões e subdivisões.
- d) Regras redacionais.
- e) Redação dos títulos.
- f) Redação e apresentação dos termos e das definições.
- g) Formas verbais.
- h) Normas Internacionais fundamentais.
- i) Exemplo de numeração de divisões e subdivisões.
- j) Exemplo de apresentação de um texto datilografado.
- k) Equivalências terminológicas.
- l) Exemplo de apresentação de Normas Brasileiras.

A adoção de uma forma de expressão convencional denota a inexistência de ato criativo, fruto da imaginação do homem. É fato que os países membros do organismo internacional de normalização - ISO convencionaram a disposição das informações a comporem um texto de normas técnicas, não se permite a liberdade criativa. É um trabalho de reprodução de informações e experiências bem sucedidas.

Recorda-se que as normas técnicas são textos em que a respectiva forma de expressão é originária de uma convenção internacional, não há criatividade alguma ao se estabelecer a forma de expressar as instruções inerentes a cada norma.

Todos os textos de normas técnicas publicadas pela ABNT são elaborados após a informação técnica ali contida ter sido exaustivamente conhecida, testada, experimentada por muitos do seguimento requerente, para assim ser declinada como norma pela Comissão de Estudos, e, posteriormente homologada pela ABNT.

Silveira³⁰⁰ analisa a matéria e ao final conclui que o Direito Autoral tutela as obras literárias e artísticas, excluindo aquelas que constituem forma necessária à expressão do conteúdo técnico ou científico.

Considera inexistente o caráter criativo na norma técnica, e, portanto não protegível pelo Direito Autoral, e, não podendo ser considerada uma obra literária ou artística, uma vez que a originalidade e criatividade são por ele designados como requisitos tanto para a proteção das criações no campo da técnica, quanto para a das obras literárias e artísticas. Entende o autor que os procedimentos normativos, quando relativos à técnica e à funcionalidade, compreendem as normas técnicas, destinadas à obtenção de um resultado na área técnico-industrial.

Tais normas são realizadas com a cooperação de entes da sociedade e se destinam à própria sociedade. O direito exclusivo não é compatível com a formação da norma e sua destinação.

4.7. O regime jurídico de normas técnicas

Quanto à exigibilidade das normas técnicas verifica-se a natureza de uso voluntário para alguns setores, isto é, sem a natureza do imperativo público, entretanto, tornam-se normas jurídicas com caráter imperativo todas aquelas relacionadas aos direitos fundamentais de saúde, segurança e meio ambiente, quando publicadas pelo Estado de diferentes maneiras, como a seguir exemplificadas.

Para se demonstrar as diferenças entre as distintas normas técnicas, compara-se as normas técnicas publicadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, com as normas técnicas setoriais e empresariais, v.g. as normas publicadas pela UNESP destinadas a reger apenas os alunos e candidatos, bem como aquelas publicadas pelo Grupo Gás Natural, as quais regulamentam procedimentos internos de uma empresa.

As normas técnicas homologadas pela ABNT em face do poder delegado pelo CONMETRO/SINMETRO, cuja correta nomenclatura é norma brasileira e a simbologia NBR atendem às necessidades do sistema de normalização brasileiro,

300SILVEIRA, Newton. As fronteiras da técnica. In: LIMA, Luís Felipe Balieiro (Coord.). *Propriedade intelectual no direito empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 43.

produzem diferentes efeitos jurídicos das normas técnicas promulgadas por empresas e outros entes jurídicos.

A norma técnica brasileira é norma de natureza pública de eficácia erga omnes, enquanto que normas técnicas, como, por exemplo UNESP, Gás Natural têm eficácia interna corporis, ou seja, delimitada.

A Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, no capítulo que regula as práticas abusivas, estipula como dever do fornecedor de produtos ou serviços, o uso de normas técnicas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO”.³⁰¹

O artigo 6º, inciso X, artigo 12, inciso VI e o artigo 75, todos da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, determinam que as normas técnicas da ABNT devam ser observadas nos processos de licitação, sob pena de nulidade.³⁰² Estes são alguns exemplos, entre muitas ocorrências percebidas nas Leis nº. 8.974 de 05.01.1995, Decreto nº. 508 de 11.12.2002, Decreto nº 1.787 de 12.01.1996, Lei nº 10.098 de 19.12.2000, Decreto nº. 3.298 de 20.12.99.

O Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997 estabelece que as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 ao dispor sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, precisamente nas letras “a” e “b” do inciso IX do artigo 12 e inciso III do art. 18.

A ABNT age por delegação do poder público e seus atos não são, por isso, atos oficiais, cogentes, mas como atos públicos dão suporte para normas jurídicas e quando

³⁰¹Art. 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO;”

³⁰²Destacam-se os seguintes preceitos: “Art. 6º Para os fins desta lei, considera-se: (...) X - Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT);

Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos: VI - adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas;

Art. 75. Salvo disposições em contrário constantes do edital, do convite ou de ato normativo, os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado.”

tais regras são veiculadas em leis e atos normativos em geral, tornam-se obrigatórias e vinculantes e não faz sentido que uma lei fixe determinada ação ou omissão, com base em norma técnica e, o ordenamento jurídico, por outro lado, impeça ou dificulte o conhecimento do seu conteúdo, porquanto é essa padronização que esclarece a exigência de conduta ou abstenção legal.

O Código de Defesa do Consumidor, no inciso VIII, do artigo 39, ao vedar que o fornecedor comercialize produtos e serviços em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou por aquelas divulgadas pela ABNT ou outra entidade credenciada aos órgãos públicos de metrologia e normalização, obriga o fornecedor a se pautar pelo conteúdo específico da norma e para isso, precisa ter acesso.

As normas tornam-se obrigatórias quando explicitadas pelo Estado por meio de lei, decreto, portaria, etc, ou quando citadas em contratos entre particulares ou entes públicos.

Cunha Ferraz³⁰³ analisa os efeitos jurídicos da normalização no sistema jurídico brasileiro e verifica ser obrigatória e cogente a natureza jurídica, bem como, identifica os efeitos acarretados pelo descumprimento do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Licitações Públicas, em resoluções e portarias de órgãos públicos integrantes da Administração Pública Federal (INMETRO e CONMETRO).

Seu estudo aponta o fundamento, a natureza e a finalidade da normalização no quadro das atividades desenvolvidas nos mais variados setores da vida econômica, industrial, de produção e de serviços que permeia a sociedade; e, as implicações do Princípio da Legalidade no campo na normalização técnica.

Se a Norma Brasileira - NBR é vinculante e se sua homologação está afeita à A.B.N.T., como Fórum Nacional de Normalização, ressalta evidente que tal entidade age como agente público que é, ou seja, sujeita seus gestores ao arcabouço de deveres dos demais agentes públicos, conforme observa-se na doutrina de Bandeira de Melo³⁰⁴.

303FERRAZ, Anna Candida da Cunha. op. cit., p. 63-95: Seu estudo aponta o fundamento, a natureza e a finalidade da normalização no quadro das atividades desenvolvidas nos mais variados setores da vida econômica, industrial, de produção e de serviços que permeia a sociedade; e, as implicações do Princípio da Legalidade no campo na normalização técnica.

304MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit., p. 226-227, conforme observa-se na doutrina de Bandeira de Melo: “Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados, vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades

4.8. Das tentativas de proteção de normas técnicas

Entre as diferentes teses defendidas por algumas das muitas entidades de normalização para justificar a exploração econômica das normas técnicas, observa-se classificações díspares da norma, ora como compilação de informações, ora como coletânea, ora como enciclopédia e ora como dicionário de tecnologia.

O texto individual de uma norma técnica não é uma obra formada por outras, a etimologia esclarece que:

- a) Compilação é “reunião de textos sobre o mesmo assunto. Obra composta de extratos de diversos escritos sobre um assunto.”³⁰⁵
- b) Coletânea é “Excertos seletos e reunidos de diversas obras. Coleção de Várias obras ou de várias coisas”³⁰⁶. Considerar um texto de norma uma coletânea é o mesmo que considerar cada informação ali inserida como obra.
- b) Enciclopédia³⁰⁷ é “Conjunto de todos os conhecimentos humanos. Obra que contém informação acerca de todos os ramos do saber humano.”
- c) Dicionário³⁰⁸ é “Coleção de vocábulos de uma língua, dispostos por ordem alfabética, com o seu significado ou equivalente na mesma ou em outra língua.” A decisão federal desconstituiu essa tese ao afirmar que “Pode-se até alegar que o direito autoral esta para proteger a forma literária, o método de compilação ou reunião dessas normas técnicas, como um “dicionário de tecnologias e padrões’, mas isto não abrange o conteúdo técnico da norma e só merece a guarida da propriedade intelectual passível de destaque”³⁰⁹.

de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.”

305SILVA, Adalberto Prado e. *Novo dicionário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1963. v. 1, p. 805.

306Id. Ibid., p. 789.

307Id. Ibid., p. 241.

308Id. Ibid., p. 132.

309Decisão federal.

A norma técnica pode ser equiparada a um método, a um procedimento normativo técnico ou a um meio de se fazer alguma coisa de acordo com um plano, um processo organizado, lógico e sistemático de pesquisa, instrução, investigação, apresentação etc., ordem, lógica ou sistema que regula uma determinada atividade, modo de agir, meio, recurso, qualquer procedimento técnico, científico, conjunto de regras e princípios normativos que regulam o ensino ou a prática de uma arte.³¹⁰

Na etimologia, os conceitos de norma técnica e procedimento normativo denotam que normas técnicas se confundem com procedimentos normativos e métodos, entendimento compartilhado pela assessoria especializada de direito autoral do Ministério da Cultura ao ser chamada a analisar o Projeto de Lei 02 de 2006³¹¹.

Afirma Silmara Juny de Abreu Chinellato³¹² que, por carecer de originalidade, é pacífica a não incidência do Direito de autor em relação às obras técnicas, pois estas prescindem de originalidade, in verbis:

A doutrina brasileira não tem dúvidas em aplicar a não incidência do Direito de Autor a procedimentos normativos, como se vê, por exemplo, nas lições de Carlos Alberto Bittar por nós avalizadas, que enfatiza a preponderância de interesses coletivos a afastar a tutela autoral a certas obras, inclusive aos procedimentos normativos.

Não há tutela autoral a eles nem a sua forma de expressão, por falta de criatividade. Sendo meras descrições, não há como proteger a forma pela qual é feita a descrição da norma técnica.

Ressalta ainda que tais criações não se confundem com as descobertas científicas:

As normas técnicas elaboradas pelos experts diversos atrelados à ABNT ou a ISO e outras pessoas, por mais respeitáveis que sejam e de grande interesse para os stakeholders e consumidores em geral, não se confundem com as descobertas científicas, cujo conteúdo literário o §3º do art. 7º da Lei nº 9.610/98 visa alcançar.

310HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1910.

311Documento oficial distribuído durante as discussões do PL 02 de 2006: “(...), a Gerência de Direito Autoral entende que as Normas Técnicas elaboradas pela ABNT enquadram-se nos incisos I e IV do artigo 8º da Lei 9.610/98, não constituindo, portanto, objeto de proteção autoral, pelos motivos que se seguem. Ou seja, a definição apresentada na justificação não é correta, visto que os procedimentos normativos são o conjunto de atos que têm por objetivo gerar uma norma. A norma, neste sentido, não existe separada do procedimento que a gerou. Assim sendo, as Normas Técnicas da ABNT estão abrangidas neste inciso, uma vez que são geradas pelo procedimento normativo assinalado acima.” (g.n.)

312CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Norma técnica, direito de autor e direito do consumidor. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Orgs.). *20 Anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 38.

Trata-se de procedimentos normativos, normas técnicas ou Standards (que se traduzem por norma e não por perdão) expressamente excluídos pelo inciso I do art. 8º da Lei nº 9.610/98, sendo o interesse público e razões de política legislativa que nortearam o legislador, on inteiro teor da norma, como salienta a Doutrina, tema a ser desenvolvido no item 3 infra.

Posicionamento diverso, porém, foi adotado por Manoel Joaquim Pereira dos Santos em parecer em favor da ASTM International (“ASTM”), defendendo a originalidade das obras técnicas:

No entanto, os chamados Standards (padrões) desenvolvidos pela ASTM são descritos explicados e analisados em manuais e outros materiais elaborados e compilados pela ASTM, registrados como obras intelectuais autônomas junto ao órgão de registro autoral dos Estados Unidos, denominado de “copyright office” ou “escritório de direitos autorais”, e comercializados pela ASTM mediante acordos de licença específicos.³¹³

Compara ainda à questão das obras científicas que, igualmente versam sobre sistemas, métodos ou conceitos matemáticos e nem por isso deixam de ser protegidos:

Portanto, não se pode argumentar que os trabalhos desenvolvidos pela ASTM não são suscetíveis de tutela legal porque padrões, procedimentos ou normas técnicas não podem ser objeto de um direito de autor. As obras científicas igualmente versam sobre sistemas, métodos ou conceitos matemáticos como tais e nem por isso o seu texto deixa de ser protegido.³¹⁴

Assenta ainda que o critério da originalidade se relaciona com a forma e não com o conteúdo da obra intelectual, trazendo o exemplo dos programas de computador:

Neste ponto, deve-se ressaltar que a originalidade é um elemento relacionado com a forma e não com o conteúdo da obra intelectual. Portanto, o fato de determinado trabalho situar-se no domínio da técnica não pode determinar a conclusão de que sua atividade de elaboração seja não-criativa ou de que o produto dessa atividade seja privado de originalidade expressiva. A forma pode ser separada do efeito técnico pretendido, embora haja casos excepcionais em que a forma é condicionada pelo conteúdo³¹⁵.

Programas de computador constituem um exemplo em que essa discussão se travou, gerando critérios específicos par a solução da controvérsia. Como toda criação técnica, o programa de computador apresenta um elemento funcional ou utilitário, representando pelo modo de solução de

313SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Parecer*. São Paulo, 2008. p. 5. Parecer técnico apresentado à ASTM International.

314Id. *Ibid*.

315Id. *Ibid.*, p. 6.

problemas técnicos específicos, ou seja, o conjunto de instruções destinadas a fazer os dispositivos digitais funcionar para fins determinados, e o aspecto textual, representado pela linguagem em que se expressa esse conjunto de instruções³¹⁶.

4.9. Normas técnicas e direitos fundamentais

Na interpretação e aplicação do direito não se pode afastar os compromissos sociais e constitucionais da norma jurídica. A norma técnica brasileira – ABNT NBR é desenvolvida para que o respectivo conteúdo seja amplamente difundido e observado por pessoas, empresas privadas, públicas, para que se permitam cumprir as obrigações do Estado brasileiro como, por exemplo, aquelas estabelecida no artigo 225 da Constituição a cerca do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Importa no presente estudo estimular a reflexão sobre a motivação da norma contida nos incisos I, IV do artigo 8º da LDA/98. Em primeiro lugar não se pode identificar a norma técnica expressa em forma de texto como uma obra literária. Em segundo lugar, não são identificáveis características personalíssimas de quaisquer dos autores da elaboração normativa. Como terceiro e quarto elementos, aponta-se o caráter utilitário e de utilidade pública da norma, distinto contundentemente da natureza estética de obras de arte e literatura, que são criadas para o deleite do autor e/ou da humanidade.

Em cada parte de nosso território, tanto o cidadão, a entidade privada ou a pública que deve obediência ao cumprimento de uma regra contida nas normas técnicas brasileiras se legitima automaticamente ao direito de receber, da forma mais prática e acessível, a informação ali contida.

As normas técnicas nascem em domínio público e assim devem permanecer para o benefício da sociedade, fundamentalmente no caso dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos onde não se alcançou um patamar satisfatório de distribuição de riquezas e primor tecnológico.

Observa-se que todas as definições de norma ínsitas às fls.04 do Guia incluem sua condição de ser colocada à disposição do público. O organismo internacional de normalização esclarece em seu Guia ABNT ISO 2006 (3.2.1) que normas disponíveis ao público são aquelas que em virtude de sua condição como norma, de sua disponibilidade ao

316SANTOS, Manoel J. Pereira dos. op. cit.

público e suas emendas ou revisões, quando necessárias para refletir o estado da arte, presume-se que as normas internacionais, regionais, nacionais e territoriais (3.2.1.1, 3.2.1.2, 3.2.1.3 e 3.2.1.4) constituam regras reconhecidas de tecnologia.

As normas devem ser divulgadas e reproduzidas para que possam ser conhecidas por um público cada vez maior e assim serem aplicadas da forma mais proveitosa à sociedade.

A inter-relação afeita ao tema em debate conclama a contribuição do direito administrativo para se adequar a verdadeira natureza jurídica das normas técnicas oriundas da ABNT. Hely Lopes Meirelles³¹⁷ constata que o conceito de indisponibilidade dos interesses públicos pode ser traduzido como aquele em que sendo os interesses qualificados como próprios da coletividade – não apropriáveis.

Sua compreensão estende-se à condição do próprio órgão administrativo, pois tampouco o órgão responsável tem disponibilidade sobre os interesses públicos, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los –o que é também um dever –na estrita conformidade do que predispuer a intentio legis³¹⁸.” Meirelles³¹⁹ afirma que a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico”.

Todos os fatos e fundamentos jurídicos imputam às normas técnicas a condição de bens da coletividade, não apropriáveis, indisponíveis e portanto imprestáveis para se adequar a função de obra literária regulada pelo Direito Autoral.

A Constituição Federal assegura a função social e o direito à informação quando discrimina este tipo de produção intelectual do rol de bens de uso exclusivo de autores ou titulares de direitos autorais. A norma *latu sensu* é formulada para o destino comum.

Seria legítima a busca da proteção das normas brasileiras por meio do instituto do direito autoral? “A exclusividade na divulgação, distribuição, no uso, enfim, conflita com a própria finalidade social da *ré*, que é associação civil, sem fim lucrativo, de

317MEIRELLES, Helly Lopes. op. cit., p. 23.

318Id. Ibid.

319Id. Ibid.

utilidade pública³²⁰, voltada à elaboração de normas, ao fomento do seu uso e aplicação, ao incentivo e promoção para participação das comunidades técnicas de pesquisa, desenvolvimento e à difusão de regras que visam à excelência de produtos e serviços.”

4.10. Interesse público

A transformação das normas técnicas brasileiras em obras literárias colide frontalmente com o atual status jurídico da norma técnica ABNT NBR. A norma é um instrumento da política pública do Estado brasileiro.

O Plano Brasileiro de Normalização³²¹ dispõe que: A sustentabilidade do processo da normalização deverá resultar da conjugação de diversos fatores e não deverá depender excessivamente da venda de normas, o que poderia dificultar a sua utilização pela sociedade.

O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio exterior, na forma da resolução 03, de 09 de junho de 2005, ao dispor sobre a dotação orçamentária a favor da ABNT, destaca que a atividade de normalização não é autofinanciável e que a participação do governo federal no financiamento do processo de elaboração de normas brasileiras é elemento decisivo para que a ABNT possa cumprir os compromissos com a sociedade.

A própria Resolução nº 6, de 29 de julho de 1.993, já estabelecia que a participação do Governo Federal, no financiamento do processo de elaboração das Normas Técnicas, é elemento decisivo para que a ABNT possa cumprir os compromissos com a sociedade brasileira e para tanto designa o INMETRO como supervisor técnico do repasse dos recursos.

Hoje, qualquer interessado, sem a devida autorização da ABNT, poderá ser constrangido a não usar e a não gozar da livre utilização do conteúdo das normas

320Para melhor compreensão da condição da ABNT, que apesar de ter natureza privada de criação, exerce atividade declarada de utilidade pública, cita-se a passagem de Hely Lopes Meireles: “Serviços de utilidade pública: são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (...)”

(...) o serviço objetiva facilitar a vida do indivíduo na coletividade, pondo à sua disposição utilidades que lhe proporcionarão mais conforto e bem-estar. (...) fundados na consideração de que aqueles se dirigem ao bem comum e estes, embora reflexamente interessem a toda a comunidade, atendem precipuamente às conveniências de seus membros individualmente considerados.” (s.n).

321Vide item 5.4, inciso V.

brasileiras que nascem em domínio público à luz dos incisos I, IV e V do artigo oitavo a Lei de Direito Autoral brasileira – Lei 9.610 de 1998.

A prática de monopolização de normas técnicas além de ilegal, ilegítima e abusiva, é altamente prejudicial a toda coletividade – ao homem, quer seja, no exercício da função de consumidor de serviços e/ou produtos, quer seja, no exercício da livre iniciativa, ao sofrerem a castração do uso de norma, bem como a imposição de ter que por ela pagar somas vultosas que não representam tão somente a retribuição pela reprodução de um exemplar, mas sim o pagamento de direitos autorais ilegítimos.

É imperioso não se omitir que de um lado, destaca-se o interesse público - necessidade da sociedade utilizar livremente o conteúdo de normas brasileiras - NBR e, do outro lado, o interesse privado – Administração da Associação Brasileira de Normas Técnicas que desvia de seus objetivos estatutários para se concentrar na busca de benefício econômico à sua gestão por meio de atividade pública delegada – normalização.

A normalização não é um negócio, é uma atividade de extrema relevância ao interesse público, realizada em prol da sociedade e não em prol de cada entidade. É a atividade que estabelece, em relação a problemas existentes ou potenciais, prescrições destinadas à utilização comum e repetitiva, com vistas à obtenção do grau ótimo de ordem, em um dado contexto. Em resumo, a atividade consiste nos processos de elaboração, difusão e implementação de normas.

São objetivos da normalização a adequação ao propósito de um produto, processo ou serviço, tais como controle de variedade, facilidades de uso, compatibilidade, intercambialidade, saúde, segurança, proteção do meio ambiente, proteção do produto, entendimento mútuo, desempenho econômico, comércio.

Desta forma, em face do papel preponderante da normalização no desenvolvimento do país, especialmente por normatizar critérios de segurança, saúde e respeito ao meio ambiente, justifica-se a não proteção pela Lei 9.610 de 1998, identificada a norma técnica como uma das exceções reguladas pelo legislador em prol da promoção e proteção do exercício dos direitos fundamentais.

4.11. A repercussão das normas técnicas brasileiras no comércio internacional

O presente tópico tem como objetivo chamar a atenção para o fato de que as normas técnicas mandatórias³²², tais como as normas técnicas brasileiras referenciadas por normas primárias deixam de ter natureza voluntária, para assumirem o status jurídico de norma secundária³²³, portanto cogentes no ordenamento jurídico interno aos importadores, como também aos exportadores.

Observa-se, equívoco de nomenclatura no texto dos Acordos OMC³²⁴ (TBT)³²⁵ e (SPS)³²⁶ quando se referem a normas técnicas como documentos de natureza voluntária, desconsiderando as normas técnicas mandatórias (presentes em qualquer país), postura normativa que é incompatível com a importância e a repercussão das normas técnicas mandatórias no comércio internacional.

Importa esclarecer que o termo padrão não mais pode ser utilizado como sinônimo do termo standard. Em face da orientação proposta pelo ISO/IEC Guide 2: 2004

322Cf. item 11.4 da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT ISO/IEC Guia 2*, cit.: Norma mandatória é aquela cuja aplicação é obrigatória em virtude de uma lei geral ou de uma referência exclusiva em um regulamento.

323Equivoca-se o INMETRO em documento de consulta ao importador e exportador na assertiva: “ (...). Entretanto, norma tem caráter voluntário e regulamento, compulsório.” (s.n) Apesar de importantes alterações conceituais, internamente, por meio de Resoluções do CONMETRO 01/92, e internacionalmente, pela edição do ISO/IEC Guide 2:2004. Sempre existiram normas técnicas obrigatórias, mesmo antes das mudanças consolidadas entre o período de 1992 e 2004. Quanto às resoluções do CONMETRO, até 1995, estas prescreviam quatro tipos de normas técnicas: NBR 1 (normas compulsórias, aprovadas pelo CONMETRO, com uso obrigatório em todo o território nacional), NBR 2 (normas referenciais, também aprovadas pelo CONMETRO, sendo de uso obrigatório para o Poder Público); NBR 3 (normas registradas, de caráter voluntário, com registro efetuado no INMETRO, de conformidade com as diretrizes e critérios fixados pelo CONMETRO); NBR 4 (normas probatórias, registradas no INMETRO, ainda em fase experimental, possuindo vigência limitada). A partir do dispositivo nº1 da Resolução CONMETRO nº 01/92, toda e qualquer norma elaborada pela ABNT ou outra entidade credenciada ao CONMETRO passa a ser definida como Norma Brasileira. A classificação das normas técnicas em NBR 1, NBR 2, NBR 3, NBR 4 presente na Resolução nº 06/75 foi revogada pelo dispositivo nº 4 da Resolução CONMETRO nº 01/92. A antiga definição legal de Norma Brasileira, presente nas Resoluções nº 03/75 e nº04/76, foi revogada pelo dispositivo nº3 da Resolução CONMETRO nº 01/92. O CONMETRO que integra o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – SINMETRO, assim como a ABNT e outros.

324Cf. AMARAL JR, Alberto. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 51: “A OMC simboliza o alargamento e o aprofundamento do sistema multilateral de comércio pela incorporação de acordos, concluídos durante a Rodada Uruguai, sobre agricultura, têxteis, serviços, propriedade intelectual e medidas de investimentos relacionadas ao comércio, temas que não estavam nos horizontes de preocupação do GATT. O resultado final da Rodada Uruguai espelha o entendimento possível entre pretensões antagônicas que opunham-se os países desenvolvidos às nações em desenvolvimento.”

325Na língua inglesa denomina-se “Agreement on Technical Barriers to Trade” – TBT, e na língua portuguesa a tradução adotada é “Acordo de Barreiras ao Comércio”.

326Na língua inglesa denomina-se “Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures” – SPS, e na língua portuguesa a tradução adotada é Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias.

a tradução de standard para o português foi expressamente adotada como norma, abolindo-se a expressão “padrão” por compreender-se inadequada³²⁷. E, quanto à atividade exercida por uma entidade de normatização, elucida-se que não mais se permite aplicar como sinônimo o termo padronização. Padronização é um dos tipos de normas técnicas, produzidas pela atividade de normatização, assim como normas de classificação, normas de especificação, normas de método de ensaio, normas de simbologia e normas de terminologia³²⁸.

Equivoca-se o INMETRO em documento de consulta ao importador e exportador na assertiva: “ (...). Entretanto, norma tem caráter voluntário e regulamento, compulsório.” (s.n) Apesar de importantes alterações conceituais, internamente, por meio de Resoluções do CONMETRO 01/92, e internacionalmente, pela edição do ISO/IEC Guide 2:2004. Sempre existiram normas técnicas obrigatórias, mesmo antes das mudanças consolidadas entre o período de 1992 e 2004.

Quanto às resoluções do CONMETRO, até 1995, estas prescreviam quatro tipos de normas técnicas: NBR 1 (normas compulsórias, aprovadas pelo CONMETRO, com uso obrigatório em todo o território nacional), NBR 2 (normas referenciais, também aprovadas pelo CONMETRO, sendo de uso obrigatório para o Poder Público); NBR 3 (normas registradas, de caráter voluntário, com registro efetuado no INMETRO, de conformidade com as diretrizes e critérios fixados pelo CONMETRO); NBR 4 (normas probatórias, registradas no INMETRO, ainda em fase experimental, possuindo vigência limitada).

A partir do dispositivo nº1 da Resolução CONMETRO nº 01/92, toda e qualquer norma elaborada pela ABNT ou outra entidade credenciada ao CONMETRO passa a ser definida como Norma Brasileira. A classificação das normas técnicas em NBR

327Cf. item 3.2 (fls. 04) da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT ISO/IEC Guia 2*, cit., 2006.

328As normas técnicas são classificadas, conforme seu objetivo, na forma do item n.º 5 do documento *ABNT ISO/IEC Guia 2*, cit.: Normas de classificação - classificar o espaço físico para o uso do solo urbano, com vistas à elaboração de levantamentos, planos e legislação a respeito. Normas de especificação - fixar as condições exigíveis para antena VHF, de baixo perfil, para veículo metro-ferroviário, para comunicação terra-trem. Normas de método de ensaio - prescrever o método de determinação da massa específica e do teor de ar do concreto fresco, pelo processo gravimétrico. Normas de padronização - padronizar os princípios gerais para o preenchimento da ficha de declaração de carga para o transporte ferroviário de mercadoria perigosa. Normas de simbologia - estabelecer os símbolos para identificação da resina termoplástica, utilizada na fabricação de embalagens, que facilite a seleção de recipientes e embalagens plásticas em geral, de acordo com a sua composição. Normas de terminologia - relacionar e definir os termos que devem ser utilizados nas atividades de projeto e execução de redes telefônicas internas, compreendendo a parte das tubulações e da rede de cabos e fios telefônicos.

1, NBR 2, NBR 3, NBR 4 presente na Resolução n° 06/75 foi revogada pelo dispositivo n° 4 da Resolução CONMETRO n° 01/92.

A antiga definição legal de Norma Brasileira, presente nas Resoluções n° 03/75 e n°04/76, foi revogada pelo dispositivo n°3 da Resolução CONMETRO n° 01/92. O CONMETRO que integra o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – SINMETRO, assim como a ABNT e outros.

Observe-se que todas as definições de norma estabelecidas pelo ABNT ISO/IEC Guia 2:2006 incluem a condição de ser disponibilizada ao público. O Guia ABNT ISO/IEC define no item 3.2.1 como normas disponíveis ao público aquelas em que em virtude de sua condição como norma, de sua disponibilidade ao público e suas emendas ou revisões, quando necessárias para refletir o estado da arte, presume-se que as normas internacionais, regionais, nacionais e territoriais³²⁹ constituam regras reconhecidas de tecnologia.

4.12. A normalização cogente no território brasileiro e os reflexos no comércio internacional

Cabe aos exportadores de produtos e serviços endereçados ao mercado brasileiro, observar não tão somente os regulamentos técnicos, mas, também os procedimentos normativos descritos nas normas técnicas brasileiras, atualmente, homologadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT³³⁰.

As normas técnicas brasileiras são instrumentos jurídicos infraconstitucionais criados para dar efetividade a obrigação do Estado de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente – garantias esculpidas no inciso V do artigo 225 e §1º. da Constituição da República Federativa do Brasil.

O Código de Defesa do Consumidor - CDC, publicado em 1990, portanto logo em seguida da promulgação da CRFB, em seu art. 39, inciso VIII, dispõe como

329Cf. itens 3.2.1.1, 3.2.1.2, 3.2.1.3 e 3.2.1.4 da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT ISO/IEC Guia 2*, cit.

330A ABNT recebeu por delegação o mister de Fórum Nacional de Normalização, todavia, juridicamente o Estado pode a qualquer tempo cancelar e/ou alterar o ato de delegação.

prática abusiva a distribuição de produtos no mercado que estejam em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes³³¹, portanto as normas técnicas brasileiras são cogentes aos fornecedores de produtos e serviços³³².

O Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC afirmou em nota técnica³³³ que a presumível falha de mercado gerada pela assimetria competitiva entre aqueles que cumprem as normas técnicas e os concorrentes que agem deslealmente, com produtos e serviços de qualidade inferior aos patamares mínimos estabelecidos é um argumento relevante que reforça a necessidade de se conferir obrigatoriedade às normas técnicas. Por outro lado, adverte que se a obrigatoriedade confrontar a Lei 8.884/94, como, por exemplo, na hipótese de barreiras técnicas alheia aos critérios de eficiência e racionalidade econômica.

Também obrigatórias são as normas técnicas ABNT que venham a disciplinar os processos de licitação, sob pena de nulidade deste³³⁴, conforme disciplina a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 na forma dos incisos X do artigo 6º, e, VI do artigo 12, bem como do artigo 75.³³⁵

A familiarização com os conceitos contemporâneos da normalização torna-se de relevo para a efetividade dos direitos humanos nas práticas consumeristas, tanto no plano interno, como no comércio internacional. Por todo o território nacional, tanto o

331 Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).

332 O Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, conforme as letras “a” e “b” do inciso IX do artigo 12 e inciso III do art. 18 estabelece as sanções administrativas previstas na Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, o que importa em reafirmar a natureza cogente das normas técnicas referenciadas pelo CDC.

333 Nota Conjunta nº 318/DPDC/2006. Ementa: Obrigatoriedade do cumprimento de normas técnicas. Prática Abusiva. Art. 39, VIII do CDC. Normas civis passíveis de controle de legalidade. Esta nota foi elaborada para pacificar o entendimento do DPDC, declarando-se expressamente sem efeito a súmula nº 02, de 19/04/93, publicada no DOU de 26/04/93, a qual outrora considerou de natureza voluntária as normas técnicas (relacionadas a produtos e serviços) homologadas pela ABNT.

334 Destacam-se os seguintes preceitos: “Art. 6º Para os fins desta lei, considera-se: (...) X - Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT); Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos: VI - adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas; Art. 75. Salvo disposições em contrário constantes do edital, do convite ou de ato normativo, os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado.”

335 A obrigatoriedade das normas é referenciada por distintos dispositivos legais, entre outros, nos na Lei 8.974 05.01.1995, Decreto nº. 508 de 11.12.2002, Decreto nº 1.787 de 12.01.1996, Lei nº. 10.098 de 19.12.2000, Decreto nº. 3.298 de 20.12.99.

cidadão, a entidade privada ou a pública, deve obediência ao cumprimento das Normas Brasileiras (normas técnicas homologadas pela ABNT), sendo de grande preocupação a desinformação praticada pelo próprio agente normalizador³³⁶.

A ABNT adota, a contrário sensu, política prejudicial ao interesse público, violando direitos do consumidor, bem como a livre iniciativa, agindo com abuso do poder a ela conferido enquanto Fórum Nacional de Normalização.

Neste sentido, Villela Souto³³⁷, ensina que a norma regulatória faz um papel de ligação entre lei³³⁸ e o administrado que limita-se à interpretação do conteúdo técnico da lei.

Villela Souto³³⁹ sustenta que o objetivo da regulação no âmbito da política administrativa é assegurar a segurança e preços não abusivos na colocação no mercado de bens e serviços de interesse geral.

4.13. Da repercussão do ato de delegação nas práticas concorrenciais

Partindo-se da premissa que a CRFB recepcionou a delegação de competências fundamentada na necessidade do Estado elaborar e levar adiante políticas públicas, fora excluído do texto constitucional a vedação antes prevista na CF/1967 (haja vista a supressão do então parágrafo único, do artigo 6º).

Todavia a despeito do ato de delegação praticado pelo MDIC (uma autarquia), a ABNT mesmo na posição de Fórum Nacional de Normalização é hoje regulada por um Estatuto Social, não se atrelou ao regime jurídico único, não atende a supervisão do Estado, tampouco se reporta aos agentes reguladores.

Seria a ABNT uma espécie de agência de normalização? Caberia uma analogia a teoria da regulação e direito da concorrência que se aplica às agências

336A ABNT apregoa serem todas as normas técnicas de natureza voluntária, renegando, inclusive a obrigatoriedade das normas referenciadas por leis federais, tais quais o CDC e a Lei de Licitações Pública. O Guia Internacional de normalização considera norma mandatória aquela cuja aplicação é obrigatória em virtude de uma lei geral, ou uma referência exclusiva em um regulamento, portanto, a questão está bem consolidada, mesmo no plano internacional.

337SOUTO, Marcos Jurueña Villela, *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 384: São exemplos: a definição de produto perigoso, de atividade poluidora, de serviço eficiente, de tarifa módica, de preço abusivo, de bem essencial.

338Id. Ibid., p. 384: “É genérica, distante da realidade dos fatos e despida de especialização inerente à concretização dos interesses de cada argumento econômico e social.

339Id. Ibid.

regulatórias? O objeto desse tópico é apontar a preocupação de se regular as práticas de agentes gestores delegados de autarquias públicas³⁴⁰ no seguimento da normalização.

4.14. Sustentabilidade do sistema brasileiro de normalização

Os técnicos (mais de 10.000 participantes) prestam um trabalho gracioso e voluntário e a ABNT, antes de homologar a norma, somente verifica a metodologia empregada na elaboração daquele de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo próprio Estado, através do auxílio de 53 Comitês Brasileiros, os quais também são custeados pela sociedade, e a torna público caracterizando-o como Norma Brasileira, por atribuição do poder delegado do Estado.

Dessa forma, esclarece-se que a ABNT não tem o ônus de remunerar as milhares de horas despendidas pelos técnicos especialistas nas Comissões de Estudos e dos Comitês Brasileiros nos mais diversos assuntos.

A responsabilidade técnica do documento tornado público pela ABNT é única e exclusivamente das Comissões de Estudo, as quais realmente são caracterizadas como soberanas tecnicamente conforme o próprio estatuto da ABNT - art. 36: “A Comissão de Estudo é, quanto ao conteúdo técnico da norma, autônoma, soberana e por ele responsável na forma da lei, e terá sua criação, funcionamento e sistemática de trabalhos estipulados no Manual de Funcionamento respectivo.”

A ABNT não despende nenhuma importância com o trabalho realizado pelos técnicos das Comissões de Estudo e nem tampouco com a estrutura dos Comitês Brasileiros.

O preço para se ter acesso a uma Norma Técnica Brasileira é de mais de 30 vezes o valor da cópia reprográfica da referida Norma a despeito das Diretrizes do Plano Brasileiro de Normalização – PBN (política pública do Estado brasileiro): A norma é um produto de conteúdo tecnológico e, como tal, tem um valor de uso na atividade econômica, em geral, e no processo produtivo em particular. Como tal, agrega valor a bens e serviços.

340SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes (Org.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 181. “De acordo com Calixto Salomão “Outro aspecto importante a ser considerado na avaliação da regulação por autarquias independentes é a delegação de competências.”

Tal característica confere à norma um valor, resultante da combinação do esforço empregado na sua preparação, embora não determinado diretamente pelos custos implicados nesse processo, os quais são arcados de forma distribuída pelos diversos segmentos da sociedade que dele participam, dentro da lógica de consenso.

A sustentabilidade do processo da normalização deverá resultar da conjugação de diversos fatores e não deverá depender excessivamente da venda de normas, o que poderia dificultar a sua utilização pela sociedade. Esse é o desafio que se apresenta para a ABNT, qual seja, o de buscar, de forma crescente, associar à venda de normas outros serviços que lhe agreguem valor, tais como atividades de treinamento e capacitação, documentos técnicos e organização de eventos de caráter técnico.

Considerando a norma como um instrumento estratégico para o desenvolvimento sócio econômico, o Estado deverá aportar contribuições tanto no que se refere à sustentabilidade da atividade de normalização em temas considerados estratégicos, inclusive no que respeita à participação do Brasil em foros internacionais e regionais de normalização. Em paralelo, o Estado demanda normas para o exercício de suas atribuições, o que sugere a alocação de recursos para a elaboração dessas normas.

Finalmente, a ABNT deverá tornar progressivamente atrativo o processo de filiação, principalmente no âmbito empresarial, o que fará crescer o aporte de recursos do setor privado para a Associação³⁴¹.

4.15. A indisponibilidade

Não estão contidas no âmbito da proteção do Direito Autoral obras criadas pelo homem que tenham finalidade prática, como também aquelas que além da natureza prática são investidas de uma função social como a observância de normas jurídicas ou administrativas que estão integradas no nosso sistema jurídico.

A norma é formulada para o destino comum, é indisponível ao monopólio, pois não é passível de apropriação.

³⁴¹Cf. INMETRO. TEMA IV- Sustentabilidade do Sistema Brasileiro de Normalização. Disponível em: <www.inmetro.gov.br/qualidade/comites/PBN.doc>.

O legislador brasileiro assegura a função social e o direito de informação quando discrimina este tipo de produção intelectual do rol de bens de uso exclusivo de autores ou titulares de direitos autorais em face da necessidade do livre acesso, que deveria se operar por meio do ato de publicação³⁴².

Hely Lopes Meirelles³⁴³ constata que o conceito de indisponibilidade dos interesses públicos pode ser traduzido como aquele em que sendo os interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por não apropriáveis.

Sua compreensão estende-se à condição do próprio órgão administrativo que representa os bens não apropriáveis. Informa-se que tampouco o órgão responsável tem disponibilidade sobre os interesses públicos, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispor a *intentio legis*³⁴⁴, ao final ressalva: “Relembre-se que a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico”.

Todos os fatos e fundamentos jurídicos imputam às normas técnicas a condição de bens da coletividade, não apropriáveis, indisponíveis e portanto imprestáveis para se adequar a função da propriedade literária regulada pelo Direito Autoral.

A Constituição Federal assegura a função social e o direito de informação quando discrimina este tipo de produção intelectual do rol de bens de uso exclusivo de autores ou titulares de direitos autorais. A norma *latu sensu* é formulada para o destino comum.

A tentativa de monopolizar a livre utilização de normas técnicas, um bem móvel de utilidade pública, caracterizado pelo conhecimento técnico obtido por reiteradas experiências da coletividade – estado da técnica viola, a Lei 8.884 de 1964 por configurar prejuízo incalculável à ordem social e aos consumidores.

O titular do monopólio de exploração econômica de propriedade literária, na forma da Lei 9.610 de 1998, tem o direito a escolher a quem licenciar sua propriedade,

342Cf. conceito de MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 86: “A publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem efeitos e consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros”.

343Id. Ibid., p. 23.

344Id. Ibid.

portanto, tal discricionabilidade não é afeita a um agente delegado no exercício de políticas públicas.

O agente público não pode eleger seus parceiros, representantes, assim como ocorre, por exemplo, em uma produção audiovisual, que é materializada com base em coproduções e contratos de distribuição elaborados ante o princípio da livre contratação.

Os serviços e produtos relacionados à normalização não podem ser limitados pelo agente normalizador. É vedada a recusa injustificada³⁴⁵ de contratar a venda de normas técnicas com terceiros para a produção de serviços e produtos.

Não compete ao agente público o exercício da autonomia da vontade. Há de se pautar pelos princípios de ordem pública, e melhor seria que seus contratos fossem delineados com parâmetros, com cláusulas necessárias. Os negócios jurídicos cujo objeto seja um bem fundamental (normas técnicas) deve atender a um dirigismo contratual³⁴⁶

Cunha Ferraz³⁴⁷ explica que é neste ciclo constitucional que se insere a função de “normalização” técnica da atividade dos vários setores da sociedade que, no exercício da liberdade de iniciativa (CF, art. 170, caput) e de livre concorrência (CF, art. 170, IV), produzem bens e serviços em geral para uso da comunidade.

Deve-se considerar o princípio norteador do exercício do poder econômico previsto no art. 173 da Constituição Federal consistente em prestigiar a livre concorrência como estrutura fundamental da ordem econômica, insurgindo contra práticas que impliquem em eliminação da concorrência, domínio de mercado ou aumento arbitrário de lucros, conforme disposto no art. 173, parágrafo 4º, da Constituição Federal³⁴⁸.

O monopólio dos serviços e produtos afeitos ao conhecimento técnico implica em monopolizar um instrumento estratégico do desenvolvimento nacional,

345Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica*. Teoria da regulação: princípios gerais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 66.

346Cf. Id. Ibid., p. 75.

347FERRAZ, Anna Candida da Cunha. op. cit., p. 63-95.

348Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

contrariando-se os objetivos de promoção e incentivo do desenvolvimento científico, pesquisa e a capacitação tecnológicas³⁴⁹.

A Lei Antitruste tem como finalidade prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, tomando como ponto de partida os princípios consagrados no art. 170 da Constituição Federal, para garantir justamente a livre concorrência, e tem, como finalidade última, a defesa dos interesses do consumidor.

De acordo com o entendimento de Carvalho Filho³⁵⁰ o abuso do poder econômico é em geral cometido pela iniciativa privada, na qual alguns setores do empresariado, com ambição desmedida de lucros e total indiferença à justiça social, procuram e executam fórmulas altamente danosas ao público. Esclarece que outros estudiosos têm sustentado que, o próprio Estado pode conduzir-se de forma abusiva no setor econômico, principalmente quando atua por intermédio das entidades paraestatais a ele vinculadas e por ele controladas.

Assim, os gestores da ABNT podem ser acusados e punidos por abuso do poder econômico sempre que se valerem de sua condição de superioridade econômica (agente normalizador) para vedar e/ou prejudicar a livre iniciativa e os consumidores.

Ora, interessa ao consumidor ter facilidades para identificar, gerenciar e aplicar normas técnicas de observância obrigatória. Não condiz com os princípios da regulação e concorrência permitir que o agente delegado concentre atividades mercantis, muito menos que atue mediante ato de concorrência desleal.

A tentativa de se exterminar a concorrência na prestação de serviços e produtos ligados à normalização prejudica a difusão da normalização no país, pois quanto mais empresas trabalharem neste seguimento, haverá maior oferta e qualidade nos produtos e serviços, o que naturalmente implicará na divulgação das próprias normas técnicas.

No ano de 2003, a ABNT rompeu um contrato de licenciamento de software de dez anos com a empresa de tecnologia de informação que havia digitalizado todas as normas em papel até aquele momento existentes. Eram pilhas de documentos manipulados com terrível dificuldade, quando por iniciativa e investimento próprio da empresa privada fora digitalizado todo o acervo físico, transformando-o em uma base de dados digital que

349Vide art. 218 da CFRB. “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.”

350CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 755.

acoplada a um software gerenciador permitiu que os usuários pudessem ter acesso a uma base de dados sempre atualizada, e acesso rápido a toda e qualquer norma técnica. Esse serviço era gratuito. As empresas que se interessavam pela aquisição do software, pagavam pelo produto, valores que ao final eram divididos com a ABNT.

Intempestivamente, houve a ruptura, e no dia seguinte, a ABNT apresentou o seu próprio software à sociedade e tentou proibir sua ex-parceira de continuar no ramo de atividades, sob a alegação de que o conteúdo de seu trabalho era de sua propriedade literária na forma da Lei 9.610 de 1998.

Inibir o funcionamento do mercado ou ainda, aumentar arbitrariamente os lucros cobrando direitos autorais de normas técnicas, é prática ilícita que viola os princípios consumeristas e concorrenciais. Mostra-se com nitidez o mau uso que o agente faz do poder que detém no mercado.

A CRFB determina também que a lei reprima o abuso do poder econômico consistente na eliminação da concorrência. A íntima ligação da ABNT com a dominação do mercado de serviços e produtos implica na eliminação da concorrência deriva do domínio do mercado. E, na situação fática que se analisa.

Assim, a conduta abusiva exercida em diversos atos como, por exemplo: (i) alegar titularidade de direito autoral sobre o conteúdo de normas técnicas, (ii) impedir a entrada de outras empresas no mercado de serviços e produtos, (iii) sufocar economicamente as concorrentes com demandas judiciais, constituem infrações à ordem econômica, previstas nos arts. 20, incisos, II, III e IV e 21 da Lei da Concorrência, Lei n. 8.884/94.

4.16. O ato de concentração da atividade de normalização e o risco de captura do agente

É sabido que o organismo legalmente constituído para coordenar, orientar e supervisionar o processo de elaboração de Normas Brasileiras bem como elaborar e editar as referidas normas é a ABNT.

A Constituição Federal (§ 4º do artigo 13) condena a prática abusiva do poder econômico.

Não restam dúvidas que a Constituição Federal visa à proteção do mercado – o “espaço” em que se quer delineada uma concorrência livre – como bem juridicamente protegido, e do qual é titular a coletividade, no exercício pleno de direitos difusos constitucionalmente assegurados, e não aqueles relativos apenas a empresas particulares, nem tampouco agentes gestores de delegação pública.

É essencial a presença da concorrência no contexto de uma economia de mercado, posto que propicia o aumento na variedade e na qualidade de produtos, e ainda corrobora para a diminuição dos preços dos mesmos. Acredita-se que a concorrência é o fator determinante para que os preços expressem a relação de equilíbrio entre a oferta e a procura.

A concorrência é um instrumento existente em benefício dos cidadãos, vez que são estes os consumidores finais dos produtos e que experimentam as melhorias decorrentes das circunstâncias concorrenciais.

Hoje, no mercado de normalização, há limitação à comercialização de serviços e produtos relacionados a normas brasileiras. Este tipo de concentração de poder dominante é ilícita e maléfica à coletividade, pois não assegura a competitividade, o que pode desfavorecer a preocupação com o constante aperfeiçoamento e qualidade de serviços e produtos, bem como permite a elevação desmesurada de preços³⁵¹.

A alegação de propriedade literária sobre as normas técnicas constitui em barreira para o exercício da livre iniciativa. O fenômeno da captura dos órgãos reguladores revela-se prejudicial à eficiência econômica do moderno Estado regulador, pois esvazia a principal finalidade da criação da entidade: dotar o Estado de órgãos que possuíssem agilidade, especialidade e conhecimento técnico suficiente para o direcionamento de determinados setores sensíveis da atividade econômica.

Como classificar a política de normas técnicas praticada pela ABNT nos últimos dez anos? Pode a estrutura de gestão ser considerada compatível e satisfatória com a importância e complexidade da atividade de normalização?

Os agentes gestores apregoam aos quatro ventos que as normas técnicas são voluntárias, ou seja, o próprio órgão normalizador, subverte sua missão, uma vez que em

351A ABNT responde perante a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça procedimento administrativo proposto por empresa de tecnologia de informação que fora proibida de atuar no seguimento de normalização em face de contrato de parceira com terceira empresa com fulcro no artigo 33, § 4º da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 .Procedimento administrativo nº 08012.00917/2002-91.

face de disputas econômicas, desqualifica e desprestigia a observância da norma técnica na sociedade brasileira, tratando-a como obra literária protegida pela Lei de Direito Autoral.

O ato de descentralização é reflexo do Estado Democrático de Direito que propicia aos governados a oportunidade de manifestar suas necessidades e a intenção do resguardo da isenção política na elaboração dos procedimentos normativos, todavia, é irresponsável o Estado que deixa a entidade de normalização em vôo cego por particulares.

A normalização tem um papel preponderante no desenvolvimento do país, no resguardo dos direitos consumeristas, dos direitos fundamentais de segurança, saúde e meio ambiente, motivo pelo qual, justifica rechaçar-se a política de normas técnicas promovida por seus gestores, bem como apontar a violação contínua dos preceitos consumeristas e concorrenciais, na forma da reflexão proposta neste artigo.

4.17. A política de propriedade intelectual adotada pelas entidades de normalização internacional

Os Acordos TBT e SPS estimulam os países membros a utilizarem padrões internacionais vigentes³⁵². Todavia, a contrário sensu, os próprios organismos internacionais de normalização ISO e IEC orquestram a sinfonia do monopólio de normas técnicas sob fundamento de que o texto de norma técnica está protegido como propriedade literária³⁵³ do organismo normalizador, política prejudicial à disseminação das normas internacionais, especialmente, nos países em desenvolvimento, contrariando ao objetivo de harmonização dos procedimentos normativos estabelecidos pelas organizações internacionais³⁵⁴.

As entidades de normalização ISO e IEC adotam política privatista em detrimento do compromisso de difundir e informar os Países-Membros. Todavia, elegem entidades de normalização nacionais para atuar como uma espécie de representante

352Cf. GUIA de Boas Práticas de Regulamentação. SINMETRO/CONMETRO/CBR. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/pdf/guia_portugues.pdf>.

353Cf. o sistema jurídico do território onde se comercializa a norma técnica a proteção pretendida se operaria pelo instituto do Direito de Autor ou pelo sistema de Copyright.

354Não se cobra pela reprografia da norma, mas impute-se direitos autorais e/ou royalties a cada documento normativo, o que eleva sobremaneira o custo da norma técnica, bem restringe sua difusão e observância.

comercial. Toda a reprodução desautorizada de seus textos é considerada uma infração à Lei de Direito de Autor do território onde se executa o ato³⁵⁵.

As normas técnicas elaboradas pelos organismos de normalização são preparadas pela comunidade internacional e decididas em consenso. São organizações cuja natureza é de cooperação técnica, conhecidas por organização especializada, pois, reconhece-se em seus objetivos a aproximação de posições dos respectivos membros para a tomada de iniciativa conjunta da formulação de regulamentos e normas técnicas, bem como procedimentos de certificação.

O exercício de monopólio de exploração econômica não é compatível com os objetivos da normalização, prejudica seriamente o desenvolvimento do bloco dos países não desenvolvidos, como também aqueles que se encontram em desenvolvimento, cujos cidadãos e empresas são compelidos a pagar valores exorbitantes para se obter o acesso necessário a procedimento normativo técnico referente a comércio internacional³⁵⁶.

Os organismos de normalização são associações de direito privado cujas atividades são voltadas para as questões de interesse público e são regidas formalmente pelo direito interno do Estado onde se localizam, mas em razão da natureza de seus objetivos, desempenham atividades internacionais, o que transforma sua natureza jurídica em organismo não governamental internacional³⁵⁷ e não nacional do país sede.

A natureza jurídica das normas técnicas internacionais produzidas no âmbito dos organismos de normalização ISO e IEC é de norma administrativa privada, pois são produzidas por entidade de natureza associativa privada e seu conteúdo normativo cuja adesão nacional é facultada aos membros das entidades.

A princípio, as normas técnicas internacionais não exercem eficácia³⁵⁸ universal, porém, na medida em que são referenciadas pelos Acordos TBT e SPS, como

355Vide ações judiciais proposta no Brasil pela ABNT, ISO, DIN e IEC, todas no Fórum Central da cidade de São Paulo.

356Observe-se que todas as definições de norma ínsitas às fls. 4 do *ABNT ISO/IEC Guia 2*, cit., incluem a condição da norma ser colocada à disposição do público: “Em virtude de sua condição como norma, de sua disponibilidade ao público e suas emendas ou revisões, quando necessárias para refletir o estado da arte, presume-se que as normas internacionais, regionais, nacionais e territoriais (3.2.1.1, 3.2.1.2, 3.2.1.3 e 3.2.1.4) constituam regras reconhecidas de tecnologia”.

357Conceito desenvolvido em SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997. p. 249.

358Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed., rev. e atual. até a EC n. 52, de 08.03.2006. São Paulo: Malheiros Ed., 2006. A eficácia é a possibilidade de qualquer norma gerar efeitos. Trata-se do potencial da norma para produzir os efeitos que lhe são próprios. Soibelman ao dissecar a expressão eficácia informa sua origem derivada do latim *efficacia*, de *efficax* (que tem virtude, que tem propriedade, que chega ao fim), compreende-se como a força ou poder que possa ter um ato ou um fato, para produzir os desejados efeitos.

também internalizadas pelos organismos de normalização nacionais, estas passam a exercer eficácia universal nos países-membros da OMC, e entre os países, e, por conseguinte, obrigam os respectivos nacionais importadores e exportadores de cada país.

A reserva de direitos autorais praticada pelas entidades ISO³⁵⁹ e IEC³⁶⁰ ampara-se, tão somente, no prestígio e na relevância da atividade exercida por elas, infundadas socialmente e juridicamente³⁶¹.

4.18. Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional

A Convenção de Berna³⁶² estabelece regras que visam resolver os problemas postos pela exploração internacional de obras literárias e artísticas, tratado internacional aplicável a todos os países membros, entre os quais se incluem o Brasil e Suíça.

De acordo com a Convenção de Berna (Art. 5º, § 3º) a proteção autoral no país de origem é regulada pela legislação nacional do país que publicou a obra pela primeira vez.

Em função da complexidade da matéria, foi elaborado o Guia da Convenção de Berna, publicado em Genebra pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI, escrito por CLAUDE MASOUYÉ o qual esclarece no item (5.13.a) que as obras

359Condições de solicitação de reserva de direitos autorais encontradas no site da INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION – ISO. Disponível em: <www.iso.org>: “All rights reserved. The material on ISO Online is subject to the same conditions of copyright as ISO publications, and its use is subject to the user’s acceptance of ISO’s conditions of copyright for ISO publications, as set out below. Any use of the material, including reproduction in whole or in part to another Internet site, requires permission in writing from ISO”.

360Condições de solicitação de reserva de direitos autorais encontradas no site da International Electro technical Commission – IEC: “The material available on the IEC web sites is subject to the same conditions of copyright as IEC publications (please see also Copyright on IEC Standards Database Format), and its use is subject to the user’s acceptance of IEC’s conditions of copyright for IEC publications (see below). Any use of material, including reproduction in whole or in part to another Internet or intranet site, requires permission in writing from IEC.”

361Em face do princípio da territorialidade a análise do cabimento ou não de direito autoral sobre as normas produzidas por entidades sediadas na Suíça segue a análise da Lei Suíça de Direitos Autorais. Esta tem por princípio legal o reconhecimento de autoria apenas à pessoa física, conforme observa-se: “Art. 6 – Definizione - È autor la persona fisica che ha creato l’opera”. Para melhor interpretação do Direito, impõe-se a aplicação concatenada dos dispositivos 5º. e 6º. da Lei suíça para assim inferir que não é juridicamente possível se estabelecer o reconhecimento de direitos autorais a organismos internacionais de normalização sediados no território suíço em face da natureza de tais obras intelectuais, bem como em face das peculiaridades de produção de normas técnicas serem absolutamente impessoais, portanto ausente as características de originalidade e criatividade. A Lei Suíça de Direito de Autor e Direitos Conexos estabelece, por sua vez, expressamente em seu artigo 5º as obras não protegidas pelo Direito de Autor. Entre elas, interessa-nos mencionar: “a) as leis, os regulamentos, os acordos internacionais e quaisquer outros atos oficiais”.

362Convenção de Berna é um tratado internacional para a proteção das obras literárias e artísticas, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 75.699, de 06 de maio de 1975.

protegidas pela Convenção em virtude do critério real – lugar da primeira publicação e publicadas unicamente na União, o país de origem é o país da União onde a obra foi publicada pela primeira vez³⁶³.

Ascensão³⁶⁴ ao escrever sobre o direito internacional no âmbito da propriedade intelectual, ensina sobre a aplicação do art. 5º, alínea 1 da Convenção de Berna em caso de conflito de normas no espaço que a Convenção fixa o país de origem da obra para o efeito prioritário de determinar se a obra está ou não no círculo das obras protegidas. Esclarece o Autor que a fixação do país de origem da obra tem o objetivo de determinar se ela é ou não obra protegida. Se o é, a lei brasileira estende a proteção; se não é, não se suscita sequer a eventualidade de proteção.

Entende que o art. 5º, § 2º não contraria esta conclusão, porque pressupõe justamente que a obra é protegida. Sendo obra protegida no país de origem, “o gozo e o exercício” nos outros países são tendencialmente independentes da existência de faculdades semelhantes no país de origem. Ao Autor lhe parece anômalo que para obra não protegida no país de origem se viesse, nos outros países, reclamar proteção.

Desta feita, em conformidade com o princípio da reciprocidade, decorrente da Convenção de Berna, o Brasil não poderia conferir proteção à obra originária e publicada unicamente fora de seu território, antes de se verificar se o país de origem confere proteção à obra em análise.

4.19. Normalização: uma perspectiva

A atividade de normalização é uma atividade estratégica de Estado, todavia, exercida com a colaboração de voluntários que em comissões e/ou comitês de estudos se reúnem a fim de representarem a sociedade, aquela sociedade onde vivem, respiram e consomem serviços e produtos.

A normalização reflete as necessidades de uma nação. As normas nacionais, apesar da recomendação de se inspirarem nos organismos internacionais devem regular um determinado território, a realidade de cada país, observando-se as necessidades das sociedades domésticas, o regionalismo de cada nação.

363MASOUEYÉ, Claude. *Guia da Convenção de Berna relativa à Protecção das Obras Literárias e Artísticas*, cit., p. 38.

364ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 654.

Qual será a discricionariedade de cada nação soberana ante os interesses nacionais e o sistema jurídico próprio no conflito de normas técnicas a serem observadas na importação? A aplicabilidade dos Acordos TBT e SPC é razoavelmente definida e distinta, porém, há circunstâncias em que se permite reclamar a aplicação conjunta de ambos os acordos.

De uma forma geral, pode-se afirmar que a medida técnica referente à qualidade, etiquetagem e embalagem deve ser analisada à luz do Acordo TBT, enquanto medidas sanitárias ou fitossanitárias devem ser avaliadas em face do Acordo SPS.

Por outro lado, desde que respeitados o caráter não discriminatório³⁶⁵ o Acordo TBT admite que o país-membro da OMC defina seu próprio nível de tolerância ao risco cientificamente comprovado, podendo inclusive divergir de normas internacionais existentes na matéria que venham a ser mais tolerantes em relação ao risco que o Estado vise a afastar.³⁶⁶

A liberdade regulatória de cada país membro da OMC circunscreve-se a alguns parâmetros bem definidos. Primeiro, é vedada a propositura de medidas que limitem o comércio internacional, segundo, excepcionalmente, nas hipóteses em que se admite a regulação restritiva, esta deve enquadrar-se nas exceções do livre comércio admitidas no artigo XX do Gatt 1994, e, terceiro, caso não esteja contemplada nas exceções do artigo XX, a medida deve respeitar as disposições dos Acordos TBT e SPS, sem que repercutam como medidas discriminatórias, ou injustificadas.

A globalização dos serviços e produtos não pode afetar a soberania dos estados-membros da OMC, especialmente, no que lhes é de maior relevância³⁶⁷, fundamento que motivou tanto as exceções do artigo XX do Gatt 94, bem como os permissivos dos Acordos TBT e SPS.

O artigo XX do GATT estabelece as exceções ao livre comércio que podem ser utilizadas desde que não constituam meios de discriminação arbitrária ou injustificável, ou causem restrições disfarçadas ao comércio.³⁶⁸

Muito embora o GATT 1994 mantenha o artigo XX, sua utilização no que concerne às alíneas (b) e (g) acaba refletida pelos Acordos TBT e SPS. O art. XX do Gatt 1994 traz em suas alíneas a proteção da saúde, da vida animal e humana, e isso é regra de

365Respeitando-se a cláusula da nação mais favorecida e o princípio do tratamento nacional.

366PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio internacional e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003. p. 246.

367A proteção da vida, saúde de animais, vegetais e seres humanos, onde se compreende o meio ambiente e recursos esgotáveis.

368ICONE Brasil. Disponível em: <<http://www.iconebrasil.org>>. Desde que as medidas sejam tomadas em conjunto com restrições à produção e ao consumo internos, a alínea (b) proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal, e alínea (g) proteção dos recursos naturais não-renováveis possuem vínculo nítido com o Acordo SPS, e foram suscitadas em vários casos (ex. Tailândia - Cigarros, Estados Unidos-Gasolina).

proteção a ser atendida por processo interpretativo da OMC, permite-se fazer exceção a favor de se assegurar valores fundamentais do homem, tais como sanções ambientais para se dar efetividade a proteção do meio ambiente.

O dignidade da pessoa humana é a pedra angular de todo o ordenamento jurídico brasileiro, cristalizado de forma erga omnes³⁶⁹. No plano internacional, o inciso II do art. 4º da CRFB disciplina que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos é um princípio regedor da atuação internacional brasileira.

Desta forma, conclui-se que a política regulatória brasileira deva garantir a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana^{370 e 371} (do cidadão brasileiro e/ou dos residentes e domiciliados no território nacional) restritiva ao comércio internacional, tanto no comércio interno, como no comércio internacional.

A interpretação dos acordos comerciais da OMC deve se dar de forma concatenada ao artigo XX do Gatt 1994. Este dispositivo deve ser analisado de forma complementar aos acordos de comércio da OMC. O sistema de solução de controvérsias não pode permanecer ensimesmado a seus próprios textos normativos, deve se abrir para todo o arcabouço do direito internacional³⁷², no qual sem dúvida, integra a preservação do meio ambiente e a proteção aos direitos humanos³⁷³.

A despeito das dificuldades, e dos conflitos já enfrentados e em potencial a soberania de um país, a autonomia do governo para fazer a escolha de política social conveniente à sua sociedade é o reflexo da liberdade experimentada pela maior parte dos países-membros da OMC. Se um país, mesmo diante problema idêntico a de seu parceiro

369A constitucionalização do Direito Privado, com a absorção de matérias privadas na Constituição e a necessária leitura de todo o Direito Privado à luz dos ditames constitucionais gerou o que pela doutrina foi considerado como a repersonalização do Direito.

370Cf. CRFB, art. 1º, inciso III. A personalidade é tutelada pelo direito no sentido de reconhecer-lhe a autonomia plena e de proteger-lhe a integridade pessoal em suas amplas dimensões.

371CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. 2008. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1561>: “A efetividade consagrada ao princípio da dignidade humana restaurou a primazia da tutela da pessoa como valor fundante da ordem jurídica, recolocando a pessoa enquanto ser dotado de dignidade como sendo a finalidade e a função de todo o sistema jurídico brasileiro”.

372Cf. AMARAL JR, Alberto. op. cit., p. 4: “A interpretação do artigo XX é útil, ainda, para vincular as regras comerciais ao restante do direito internacional, de tal sorte que a parte e o todo estejam em estreita simbiose.”

373Cf. Id. Ibid., p. 4: “A interpretação desse artigo é relevante para o justo equilíbrio entre o livre-comércio e a liberdade reservada aos governos para tomar decisões inspiradas em valores de grande interesse social, nomeadamente a proteção da vida ou da saúde humana, vegetal ou animal, os recursos naturais e a moralidade pública.”

comercial preferir adotar política diversa³⁷⁴, que venha a impor barreiras técnicas àquele, a este caberá demonstrar ao Órgão de Controvérsias a inexistência de alternativas ao resguardo de direitos fundamentais de seus cidadãos para que tenha adotado tal medida³⁷⁵.

Desta forma, conclui-se que importa ao Estado brasileiro fiscalizar se as normas técnicas brasileiras são observadas na importação de produtos e serviços que afetem a segurança, saúde e meio ambiente³⁷⁶ dos cidadãos brasileiros³⁷⁷, trata-se de um direito-dever por sua vez reconhecido de forma implícita, também, no artigo XX do GATT 1994³⁷⁸, o qual legitima que seja observado no comércio internacional o respeito aos direitos humanos e consumeristas³⁷⁹.

É sabido que as exigências apresentadas ao exportador³⁸⁰ devem se ater àquelas impostas aos nacionais, sob pena de violação do Acordo OMC (TBT), portanto, tanto as empresas brasileiras de importação, como as estrangeiras de exportação devem conhecer as normas técnicas de seu ramo de atividade com o fito de acatar o conteúdo normativo homologado pela ABNT - Fórum Nacional de Normalização.

374Cf. SAMPSON, Gary P. (Ed.). *The WTO and global governance: future directions*. Tokyo; New York; Paris: ONU; United Nations University Press, 2009. p. 10: "The reality is that international standards do not exist to meet the needs of all countries, and regulations that bear on the competitiveness of traded products differ across countries for very good reasons. Physical conditions differ, meaning varying absorptive capacities for air pollution, different impacts of timber-cutting on deforestation and desertification. A further complication is that, even if physical conditions are identical across countries and the risks are well known, societies may well wish to manage these risks differently."

375Cf. INMETRO. *Barreiras Técnicas às Exportações: o que são e como superá-las*. 3. ed. Edição Alerta Exportador. Barreiras Técnicas às Exportação. INMETRO, abr. 2009. p. 24. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/pdf/Manual_BarrTec2009.pdf>: "Note-se que o país que está emitindo o regulamento não está obrigado a adiar ou suspender a aplicação das medidas, mas é obrigado a explicá-las de maneira convincente. Caso a explicação não seja considerada satisfatória, o Brasil poderá levar o caso às reuniões regulares do Comitê de Barreiras Técnicas da OMC ou, até mesmo, em casos graves, solicitar a abertura de um painel da OMC ou, até mesmo, em casos graves, solicitar a abertura de um painel ao Órgão de Solução de Controvérsias da Organização."

376Cf. INMETRO. *Barreiras Técnicas às Exportações: o que são e como superá-las*. 3. ed. Edição Alerta Exportador. Barreiras Técnicas às Exportação, cit., p. 15. Os acordos da OMC que se relacionam com questões ambientais são o (TBT), o (SPS), o Acordo sobre Agricultura e o TRIPs.

377Cf. Id. Ibid., p 12: "Como procedimentos de avaliação da conformidade entendem-se os procedimentos técnicos utilizados para confirmar se tais normas ou regulamentos estão sendo cumpridos. Para tanto, são realizados ensaios, verificações, inspeções e certificações no intuito de avaliar sistemas da qualidade, produtos, serviços e pessoal. Tais procedimentos permitem que se crie confiança nos produtos testados ou avaliados, protegendo, assim, o consumidor e as empresas."

378Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto do et al. *O Artigo XX do GATT, meio ambiente e direitos humanos*. São Paulo: Aduaneiras, 2009. p. 29: As exceções ao livre comércio permitidas pela OMC, nesse contexto, são potencialmente fortalecedoras de arranjos de cooperação internacional; ainda que gerem restrições comerciais, podem alavancar a proteção dos direitos humanos e garantir que políticas públicas legítimas sejam criadas ou mantidas.

379PRAZERES, Tatiana Lacerda. op. cit., p. 245.

380É forçoso ao exportador conhecer as exigências técnicas do país destinatário, caso contrário, corre-se o risco do produto ir e voltar gerando enorme prejuízo. A prestação de serviços de assessoria e consultoria na área de normalização é atividade de inquestionável necessidade para as empresas nacionais e estrangeiras. As empresas não têm expertise em normalização, motivo pelo qual contratam serviços e produtos que lhe facilitem o cumprimento de obrigações legais.

Reconhecendo que não se deve impedir nenhum país de tomar medidas necessárias a assegurar a qualidade de suas exportações, ou para a proteção da vida ou saúde humana, animal ou vegetal, do meio ambiente ou para a prevenção de práticas enganosas, nos níveis que considere apropriados, à condição que não sejam aplicadas de maneira que constitua discriminação arbitrária ou injustificável entre países onde prevaleçam as mesmas condições ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional, e que estejam no mais de acordo com as disposições deste Acordo³⁸¹.

O Acordo OMC TBT estabeleceu certos princípios que informam até hoje as relações comerciais entre os Estados para que seja evitada a criação de barreiras técnicas. Como exemplo, o princípio da transparência, segundo o qual os Estados devem dar a máxima publicidade aos seus procedimentos para elaboração e adoção de regulamentos técnicos e procedimentos de avaliação da conformidade, possibilitando a manifestação de qualquer interessado no processo regulatório, o princípio da não discriminação, pelo qual um país não deve exigir o cumprimento de uma medida que não seja também estendida aos produtores nacionais.

Algumas conclusões podem ser avaliadas: a relevância da mais ampla difusão das normas técnicas internacionais sem a restrição de proteção autoral, bem como a necessidade da livre utilização das normas técnicas homologadas pela ABNT para que as importações brasileiras não ofendam os direitos sociais³⁸² fundamentais dos cidadãos nacionais esculpidos na CRFB, ora sintetizados como direito à saúde, segurança e meio ambiente preservado, bem como os nacionais não sejam prejudicados nos atos de importação e exportação ante as barreiras legítimas em razão dos Acordos OMC.

381Cf. preâmbulo do texto do Acordo de Barreiras Técnicas, na forma da tradução e versão disponibilizada pelo MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/multicom.htm>>.

382Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 286-287. O autor descreve os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem. Para este autor, os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Assevera, por conseguinte, que os direitos sociais estão intimamente ligados ao direito de igualdade, valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, premissa para o efetivo exercício da liberdade.”

4.20. Os Acordos OMC como fundamento da não proteção de normas técnicas

4.20.1. Os Acordos (TBT) e (SPS)

4.20.1.1. Barreiras técnicas. Conceito

A OMC define as barreiras técnicas como barreiras comerciais derivadas da utilização de normas ou regulamentos técnicos não-transparentes, ou não-embasados em normas internacionais aceitas, ou, provenientes da adoção de procedimentos de avaliação da conformidade não-transparentes e/ou demasiadamente dispendiosos, bem como de inspeções excessivamente rigorosas. Para evitar que as normas técnicas prejudiquem o comércio, o GATT criou o Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio TBT³⁸³, na Rodada Uruguai e já no âmbito da OMC fora criado o Acordo SPS³⁸⁴.

Diz o texto legal que o Acordo TBT³⁸⁵ tem por objetivo assegurar que regulamentos técnicos e normas não criem obstáculos desnecessários para o comércio internacional, reconhecendo a importante contribuição³⁸⁶ que eles podem dar ao aumento da eficiência da produção e da condução do comércio internacional.

Este Acordo prevê o estabelecimento de regulamentos técnicos e normas técnicas para regular embalagem, requisições de marca, rotulagem e procedimentos para a avaliação de conformidade. Ressalta-se, entretanto, que a definição para regulamento e norma ínsita ao Acordo está superada, em face dos novos conceitos trazidos pelo Guia ABNT ISO 2004.

Os citados Acordos estabelecem que as barreiras só podem ser criadas quando apresentam objetivos legítimos³⁸⁷, dentre os quais se destaca a proteção a direitos

383Na língua inglesa denomina-se “Agreement on Technical Barriers to Trade” – TBT, e na língua portuguesa a tradução adotada é “Acordo de Barreiras ao Comércio”.

384Na língua inglesa denomina-se “Measures” – SPS, e na língua portuguesa a tradução adotada é Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias.

385Tradução nossa do conceito legal encontrado na versão espanhola do Acordo publicada em ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: los textos jurídicos*. Ginebra: Secretaria do GATT, 2003. p. 143-169.

386THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociação multilaterais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 171.

387No Acordo OMC (SPS) exige-se que seja comprovada cientificamente a necessidade de se adotar ou manter determinada medida. O artigo 5.7 do Acordo SPS prevê que os Membros podem aplicar medidas

fundamentais, imperativos de segurança nacional, prevenção de práticas enganosas, proteção da saúde e/ou segurança humana, saúde e/ou vida animal ou vegetal (meio ambiente).

Barreiras técnicas podem ser definidas como barreiras comerciais derivadas da utilização de normas e/ou regulamentos técnicos não-transparentes, ou não-embasados em normas internacionais aceitas, ou, provenientes da adoção de procedimentos de avaliação da conformidade não-transparentes e/ou demasiadamente dispendiosos, bem como de inspeções excessivamente rigorosas³⁸⁸.

Ao comentar sobre a experiência do Brasil na aplicação dos acordos de comércio internacional, Thorstensen³⁸⁹, noticia ao avaliar o TBT, que por um lado verifica-se a progressiva diluição da importância do problema relativo a barreiras tarifárias em face das negociações multilaterais, de outro lado, sob a pressão dos consumidores, o nível de exigência técnica das importações tem aumentado, o que pode ser facilmente transformado em forma de proteção ao bem produzido localmente, transformando o tema de barreiras técnicas em um ponto sensível do comércio internacional.

No conflito de interesses dos países, na acirrada competitividade, as barreiras técnicas assumem, por vezes, o papel de mecanismo camuflado de proteção aos mercados, tornam-se exigências demasiadas, na tentativa de impedir o acesso de produtos estrangeiros ao mercado interno dos países desenvolvidos.

Contudo, os exportadores têm direito a acompanhar o nível de exigências requerido pelo país destinatário de seus produtos e serviços, e, na ocorrência de excessos,

sanitárias e fitossanitárias em casos onde haja insuficiência de evidências científicas, desde que o façam de maneira provisória, levem em conta possíveis informações relativas, oriundas de organizações internacionais e outros Membros, busquem verificar objetivamente os riscos relativos ao em um período razoável de tempo produto e revisem a medida. Essa formulação reflete a noção de enfoque de precaução, pois não permite a aplicação de uma medida sem, no mínimo, a comprovação de que o Membro está buscando evidências científicas capazes de sustentá-la.

388Um exemplo a ser citado são os requisitos técnicos ao comércio de produtos cosméticos que podem ser exigidos para a proteção ao consumidor, tanto no âmbito dos Acordos OMC (TBT), como do (SPS). A seguir, diferenciam-se alguns aspectos aplicáveis aos cosméticos cobertos por esses Acordos: Rotulagem: Descrição do Produto (TBT) - Normas gerais para produtos pré medidos (TBT), Normas gerais para composição de aditivos e contaminantes (SPS). Embalagem: Especificações da embalagem (TBT), Material da embalagem em contato com o produto (SPS). Cf. INMETRO. *Barreiras Técnicas às Exportações*: o que são e como superá-las. 3. ed. Edição Alerta Exportador. Barreiras Técnicas às Exportação, cit., p. 11.

389THORSTENSEN, Vera. op. cit., p. 174.

devem comunicar a seu respectivo governo³⁹⁰ para que este avalie o cabimento de uma discussão bilateral ou no âmbito do Comitê sobre Barreiras Técnicas (GATT)³⁹¹.

O Acordo OMC (TBT) determina que cada país tenha seu “ponto focal” o qual compete informar sobre novas exigências técnicas referentes a produtos. Cada ponto focal recebe da OMC as informações enviadas pelos outros países e as disponibiliza para os exportadores, o mesmo ocorre com o Acordo OMC (SPS).

No Brasil, o Inmetro é Ponto Focal do Acordo OMC (TBT) e a Secretaria de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (SDA/MAPA) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (ANVISA/MS) atendem o Acordo OMC (SPS), ambos dispõem sobre serviços voltados a ajudar os exportadores a obter mais informações sobre exigências técnicas de outros países.³⁹²

As barreiras técnicas são objeto de preocupação tanto por parte dos países desenvolvidos, como dos chamados países em desenvolvimento. Muitas vezes são praticamente nulas as possibilidades do último atender as exigências técnicas do sofisticado mercado consumidor do primeiro. A superação de barreiras técnicas é um desafio importante para a política de desenvolvimento produtivo (PDP) dos países em desenvolvimento.

390Os governos estabelecem pontos de informação para facilitar a obtenção de informações técnicas, denominado Ponto Focal de Barreiras Técnicas às Exportações e o serviço é conhecido como “Alerta Exportador”. INMETRO. *Barreiras Técnicas às Exportações: o que são e como superá-las*. 3. ed. Edição Alerta Exportador. Barreiras Técnicas às Exportação, cit., cit.

391CF. INMETRO. Disponível em: <www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas>.: A Resolução 03/83 estabeleceu que o Inmetro implantaria e coordenaria as atividades do Comitê que teria por atribuições: 1. coordenar e acompanhar a execução dos Trabalhos sobre Barreiras Técnicas ao Comércio; 2. analisar, avaliar, compatibilizar projetos de normas, regulamentos técnicos, sistemas de certificação com vistas a evitar as barreiras técnicas a produtos brasileiros no comércio internacional; 3. manifestar-se sobre a execução do Acordo em geral e em particular ao artigo 12 no que se refere ao tratamento diferenciado aos países em desenvolvimento; 4. fornecer aos representantes brasileiros junto às reuniões do Comitê sobre Barreiras Técnicas do Comércio do GATT, em Genebra, material técnico destinado à elaboração pelo Ministério das Relações Exteriores das competentes instruções com vistas à promoção e defesa dos interesses nacionais. Esta Resolução determinou que o Inmetro seria responsável por implantar e coordenar as atividades do Comitê de Coordenação sobre Barreiras Técnicas ao Comércio/GATT. Anos mais tarde, a atribuição conferida ao Inmetro seria ainda ratificada por outras duas Resoluções CONMETRO: a N°. 04, de 10 de maio de 1988, e a N°. 11, de 24 de agosto de 1992.

392Vide INMETRO. *O ponto focal do Brasil*. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/pontofocal/>>.

4.20.1.2. O comitê sobre barreiras técnicas

O Acordo TBT estabeleceu um Comitê sobre barreiras técnicas com a função de foro de consultas sobre temas ligados à sua implementação ou à promoção de seus objetivos. É composto por representantes de cada membro do Acordo³⁹³.

Dentre as atividades do Comitê destacamos a sua função de coordenação dos trabalhos do Serviço de Informação da OMC sobre normas homologadas pela ISO – International Organization for Standardization³⁹⁴, e pela IEC – International Electrotechnical Commission³⁹⁵, ambas com sede em Genebra, cujo objetivo é reunir e fornecer informações sobre os órgãos de normalização, portanto, inquestionável a repercussão das normas técnicas internacionais. Em 1997 foi estabelecido um Grupo de Trabalho Técnico, referido pelo Comitê, para analisar Diretrizes da ISO e da IEC relacionadas aos procedimentos de avaliação de conformidade e seu reconhecimento.

O Acordo OMC TBT adota o conceito de Normas técnicas da edição de 1991 do Guia internacional de normalização, superado há treze anos. Todavia, em face da nota explicativa³⁹⁶, a adoção do conceito de normas técnicas como documentos aprovados por um órgão reconhecido, que fornece regras, orientação ou características para produtos ou métodos de processo ou produção, com os quais o cumprimento não é obrigatório, foi eletiva³⁹⁷. Situação não menos gravosa ocorre no Acordo SPS visto que atrela a

393(WTO, Annual Report, 1995-2000).

394A Organização Internacional para Normalização (ISO) foi criada em 1946, com sede em Genebra, Suíça. É responsável pela elaboração de normas internacionais em áreas como agricultura, construção, engenharia mecânica, dispositivos médicos, tecnologia de informação e comunicação, além de normas para a prática de boa gestão e para serviços. Entre os benefícios da atividade de normalização incluem-se a facilitação do comércio internacional e a transferência de tecnologia entre os países. Na ISO o Brasil é representado pela ABNT- Associação Brasileira de Normas Técnicas. Vide MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/index>>.

395A Comissão Eletrotécnica Internacional (IEC) foi fundada em 1906, com sede em Londres, Inglaterra. É responsável pela publicação de normas internacionais para produtos eletrônicos, elétricos e tecnologias relacionadas. O órgão busca também promover a cooperação internacional nas áreas de regulamentação técnica e avaliação da conformidade. Na IEC o Brasil é representado pelo COBEI – Comitê Brasileiro de Eletricidade, Eletrônica, Iluminação e Telecomunicações. Vide MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/index>>.

396Cf. Anexo 1 - Termos e suas definições para os propósitos deste Acordo: “Os termos definidos no Guia ISO/IEC 2 cobrem produtos, processo e serviços. Este Acordo trata apenas de regulamentos técnicos, normas e procedimentos de avaliação de conformidade relacionados a produtos ou processos e métodos de produção. As normas, tal como definidas pelo Guia ISO/IEC 2 podem ser obrigatórias ou voluntárias. Para os propósitos deste Acordo as normas são definidas como documentos voluntários e os regulamentos técnicos como obrigatórios. As normas preparadas pela comunidade internacional de normalização são baseadas no consenso. Este Acordo cobre também documentos que não são baseados no consenso.”

397Cf. Anexo 1 - Termos e suas definições para os propósitos deste Acordo: “Quando utilizados neste Acordo, os termos apresentados na sexta edição do Guia ISO/IEC 2: 1991, Termos Gerais e suas Definições Referentes à

observância dos procedimentos normativos técnicos tão somente a regulamentos. Em ambos os Acordos, omite-se a necessidade dos membros dar ciência um ao outro das normas técnicas mandatórias.

A interpretação dada ao Acordo TBT merece atualização contemporânea em face da relevância de normas técnicas mandatórias nos sistemas jurídicos internos dos Países-Membros da OMC, bem como, no comércio internacional.

4.20.2. Objetivos legítimos dos acordos (TBT) e (SPC)

Para se evitar que as normas e regulamentos técnicos prejudiquem o comércio, o GATT, na Rodada Uruguai, criou o Acordo TBT e, posteriormente, já no âmbito da OMC fora criado o Acordo OMC SPS.

Os Acordos OMC estabelecem que as barreiras só podem ser criadas ante objetivos legítimos³⁹⁸, tanto o SPS³⁹⁹, como o TBT⁴⁰⁰, preservam as distintas necessidades dos países em desenvolvimento, dentre os quais se destaca a proteção a direitos

Normalização e Atividades Correlatas, terão o mesmo significado que aquele constante nas definições do mencionado Guia, levando em conta que serviços estão excluídos da cobertura deste Acordo.”

398THORSTENSEN, Vera. op. cit., p. 258: “Dentro de cada acordo da OMC foram negociadas diversas cláusulas baseadas no conceito de tratamento especial e diferenciado. Dentre elas: - disposições destinadas a aumentar as oportunidades comerciais através de maior acesso aos mercados, como no acordo de têxteis, serviços e barreiras técnicas; disposições que determinam aos membros da OMC para salvaguardarem os interesses dos países em desenvolvimento ao adotarem medidas internas ou externas, como anti-dumping, salvaguardas e barreiras técnicas; disposições de apoio aos países em desenvolvimento com o objetivo de ajudá-los a cumprir com suas obrigações sobre padrões e normas técnicas, e padrões sanitários e fitossanitários.”

399No Acordo OMC (SPS) exige-se que seja comprovada cientificamente a necessidade de se adotar ou manter determinada medida. O artigo 5.7 do Acordo SPS prevê que os Membros podem aplicar medidas sanitárias e fitossanitárias em casos onde haja insuficiência de evidências científicas, desde que o façam de maneira provisória, levem em conta possíveis informações relativas, oriundas de organizações internacionais e outros Membros, busquem verificar objetivamente os riscos relativos ao produto e revisem a medida em um período razoável de tempo. Essa formulação reflete a noção de enfoque de precaução, pois não permite a aplicação de uma medida sem, no mínimo, a comprovação de que o Membro esta buscando evidências científicas capazes de sustentá-la.

400FINGER, Michael J.; WINTERS, L. Alan. HIRSCH, Alan (Comment). What can the WTO do for developing countries? In: KRUEGER, Anne O. (Ed.). *The WTO as an international organization*. Chicago: University of Chicago Press, 1998. p. 365-400. “The TBT agreement offers special and differential treatment to developing countries on both their exports and their imports. On the latter, they are not expected to “use international standards as a basis for technical regulations or standards, including test methods, which are not appropriate to their needs.” This concession is intended to allow the preservation of indigenous technology and technologies appropriate to countries development needs. While the general terms of the TBT agreement restrict the use of standards for protectionist purposes and developing countries are not exempt from its provisions, this particular piece of language seems to grant the right to use idiosyncratic standards. If so, it could put a substantial brake on the modernization and competitiveness of developing-country industry.”

fundamentais, imperativos de segurança nacional, prevenção de práticas enganosas, proteção da saúde e/ou segurança humana, saúde e/ou vida animal ou vegetal.

O Acordo OMC TBT visa assegurar que regulamentos técnicos e normas técnicas não criem obstáculos desnecessários para o comércio internacional. Por outro lado, é inquestionável a importante contribuição que eles podem dar ao aumento da eficiência da produção e a condução do comércio internacional⁴⁰¹.

Constituem objetivos de proteção do Acordo OMC SPS a vida animal e vegetal dentro do território do país-membro dos riscos surgidos da entrada, contaminação de pestes, doenças, organismos contaminados ou causadores de doenças; a vida e a saúde do ser humano e dos rebanhos animais dentro do território do país-membro de riscos surgidos de aditivos, contaminantes, toxinas ou organismos causadores de doenças em alimentos, bebidas ou rações; a vida e a saúde do ser humano dentro do território do país-membro de riscos provenientes de doenças portadas por animais, plantas ou produtos derivados, decorrentes da entrada, contaminação ou disseminação de pestes; como proteção ou limitação de outros danos dentro do território do país-membro, decorrente da entrada, contaminação ou disseminação de pestes. Não restam dúvidas quanto ao trato pelo Acordo SPS da proteção de direitos humanos, especialmente quando regula a segurança nacional, a saúde e o meio ambiente.

Todavia, a aplicação do referido Acordo esbarra em algumas dificuldades culturais e econômicas de países-membro. Com o intuito de superar estas dificuldades, os países mais desenvolvidos se comprometeram, no TBT, a promover programas de Cooperação Técnica com os países menos desenvolvidos⁴⁰².

401 THORSTENSEN, Vera. op. cit., p. 171.

402 Vide INMETRO. Articulação Internacional. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/barreirastecnicas.asp>>.: “Estes programas possibilitam a transferência de tecnologia e experiência nas áreas da metrologia legal e industrial. Somente a partir da promoção destes programas é possível conquistar um nível de confiança suficiente entre os países para a assinatura de Acordos de Reconhecimento Mútuos/MRAs dos procedimentos de avaliação da conformidade.”

4.21. O impacto da propriedade de normas técnicas no comércio internacional

No Brasil, a Lei 9.610 de 1998, no artigo 8o, incisos I e IV, excetua da proteção autoral, entre outros, os procedimentos normativos e os textos de leis⁴⁰³, não havendo restrição, incluem-se as leis de natureza secundária, ou, seja aqueles dispositivos que galgam o status de regra erga omnes em função de serem referenciados por uma lei primária⁴⁰⁴.

As normas técnicas nascem em domínio público e assim devem permanecer para o benefício da sociedade, fundamentalmente no caso dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos onde não se alcançou um patamar satisfatório de distribuição de riquezas e primor tecnológico⁴⁰⁵.

Algumas entidades de normatização estrangeiras e a própria ISO pleiteiam a proteção autoral de normas técnicas no território brasileiro⁴⁰⁶. Cabe ao Estado brasileiro analisar a pertinência de se propor uma investigação bilateral da política privatista dos agentes normatizadores, e/ou a propositura de um painel no Órgão de Solução de Controvérsias⁴⁰⁷.

A exploração monopolística de normas técnicas por organismos de normalização prejudica não só os países em desenvolvimento, pois de antemão é prejudicial à disseminação do comando normativo (estado da arte), vetor do desenvolvimento tecnológico⁴⁰⁸, mas, ainda, colabora para que produtos e serviços sejam comercializados em desacordo com as normas técnicas mandatórias.

403Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

404Entendimento corroborado por FERRAZ, Anna Candida da Cunha. op. cit., p. 63-95.

405Entendimento corroborado in SILVEIRA, Newton. As fronteiras da técnica. In: ABRÃO, Eliane (Org.). *Propriedade imaterial: direitos autorais, propriedade industrial e bens de personalidade*. São Paulo: SENAC, 2006. p. 19-24.

406Idem nota 31.

407THORSTENSEN, Vera. op. cit., p. 372: “Nos Acordos OMC (TBT) e (SPC) existem dispositivos especiais sobre a solução de controvérsias, cujo objetivo é estabelecer regras e procedimentos para aplicar o mecanismo de consultas e solução de controvérsias dentro da OMC (GATT, 1994).” Os casos dos hormônios na carne, da soja transgênica, o caso da proibição de produtos que contenham asbestos são exemplos da importância do tema levado por diferentes países a OSC nos painéis.

408BLIND, Knut. *The economics of standards: theory, evidence, policy*. Great Britain: Edward Elgar Publishing Limited, 2004. p. 221-222: “Formal standards are close to be general public goods and can be used by every producer worldwide. However, due to high adaptation costs and restricted absorptive capacity, other companies not involved in the standardization process itself have disadvantages to apply them. Consequently, formal standards, especially national ones, are able to promote the competitive advantage of domestic companies by facilitating economies of scale or compatibility between components of complex systems. Furthermore, the application of national, and even more international, standards can increase the perception of the quality of domestic products”.

O Fórum Nacional de Normalização em companhia do INMETRO, aleatoriamente a todo o ordenamento jurídico pátrio difunde ser de natureza voluntária a Norma Brasileira (a norma técnica homologada pela ABNT) na tentativa de salvaguardar o direito exclusivo de comercialização das normas, ou seja, por motivos econômicos o agente normalizador prejudica a difusão das normas e, por conseguinte, o desenvolvimento do país⁴⁰⁹.

Ainda que o Fórum Nacional de Normalização dependesse economicamente da venda de normas, a política monopolística não se justificaria, permitir-se comprometer a política desenvolvimentista do país⁴¹⁰.

É de extrema relevância a mais ampla difusão das normas técnicas homologadas pela ABNT para que as importações brasileiras não ofendam os direitos sociais⁴¹¹ fundamentais dos cidadãos nacionais esculpidos na CRFB, ora sintetizados como direito à saúde, segurança e meio ambiente preservado, bem como a ampla difusão das normas internacionais e estrangeiras para que os nacionais não sejam prejudicados nos atos de exportação tendo seus serviços e/ou produtos obstruídos por barreiras técnicas e favorecimento do desenvolvimento tecnológico por meio da livre circulação do estado da arte, assim como ocorrem com os textos de patentes nos bancos de patentes de todo o mundo.

A atividade de normalização é uma atividade estratégica de Estado exercida com a colaboração de voluntários que em comissões e/ou comitês de estudos⁴¹² se reúnem a fim de representar a sociedade, aquela sociedade onde vivem, respiram e consomem serviços e produtos.

409Cf. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. Disponível em: <www.abnt.org.br>.

410Cf. cláusula 12 da Resolução do Conmetro n.07, de 24 de agosto de 1992, reiterada pela Resolução n. 04, de 08 de novembro de 2004, que dispõe sobre a aprovação do Plano Brasileiro de Normalização – PBN, no qual por meio do item 5.4 TEMA IV – Sustentabilidade do Sistema Brasileiro de Normalização assevera-se que “A norma é um produto de conteúdo tecnológico e, como tal, tem um valor de uso na atividade econômica, em geral, e no processo produtivo em particular. Como tal, agrega valor a bens e serviços. Tal característica confere à norma um valor, resultante da combinação do esforço empregado na sua preparação, embora não determinado diretamente pelos custos implicados nesse processo, os quais são arcados de forma distribuída pelos diversos segmentos da sociedade que dele participam, dentro da lógica de consenso. A sustentabilidade do processo da normalização deverá resultar da conjugação de diversos fatores e não deverá depender excessivamente da venda de normas, o que poderia dificultar a sua utilização pela sociedade.

411Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., 27. ed. O autor descreve os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem. Para este autor, os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Assevera, por conseguinte, que os direitos sociais estão intimamente ligados ao direito de igualdade, valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, premissa para o efetivo exercício da liberdade.”

412As comissões e comitês de estudos são formadas por voluntários a representar os interesses da sociedade.

A normatização internacional deve refletir as necessidades da humanidade, por meio de reiterada experiência. As normas nacionais visam regular os serviços e as relações de produção de um determinado território - a realidade de cada país, observando-se as necessidades das sociedades domésticas. Qual será o limite da discricionariedade de cada nação soberana ante os interesses nacionais em um conflito de normas técnicas observado na importação e/ou exportação de produtos e/ou serviços?

O Acordo TBT, desde que respeitado o caráter não discriminatório⁴¹³, admite que o país-membro da OMC defina seu próprio nível de tolerância ao risco cientificamente comprovado, podendo inclusive divergir de normas internacionais existentes na matéria que venham a ser mais tolerantes em relação ao risco que o Estado vise a afastar.⁴¹⁴

A liberalidade regulatória de cada país membro da OMC parece circunscrever-se a alguns parâmetros. Primeiro, é vedada a propositura de medidas que limitem o comércio internacional, segundo, excepcionalmente, nas hipóteses em que se admite a regulação restritiva, esta deve enquadrar-se nas exceções do livre comércio admitidas no artigo XX⁴¹⁵ do GATT 1994, e, terceiro, caso não esteja contemplada nas exceções do artigo XX, a medida deve respeitar as disposições dos Acordos TBT e SPS, sem que repercutam como medidas discriminatórias, ou injustificadas.

A globalização dos serviços e produtos não pode afetar a soberania dos estados-membros da OMC, especialmente, no que lhes é de maior relevância⁴¹⁶, fundamento que motivou tanto as exceções do artigo XX do Gatt 94, bem como os permissivos dos Acordos TBT e SPS.

⁴¹³Respeitando-se a cláusula da nação mais favorecida e o princípio do tratamento nacional.

⁴¹⁴PRAZERES, Tatiana Lacerda. op. cit., p. 246.

⁴¹⁵O artigo XX do GATT estabelece as exceções ao livre comércio que podem ser utilizadas desde que não constituam meios de discriminação arbitrária ou injustificável, ou causem restrições disfarçadas ao comércio. As alíneas (b) - proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal - e (g) - proteção dos recursos naturais não-renováveis desde que as medidas sejam tomadas em conjunto com restrições à produção e ao consumo internos - possuem vínculo nítido com o Acordo SPS, e foram suscitadas em vários casos (ex. Tailândia - Cigarros, Estados Unidos, Gasolina). ICONE Brasil. Disponível em: <<http://www.iconebrasil.org>>. Muito embora o GATT 1994 mantenha o artigo XX, sua utilização no que concerne às alíneas (b) e (g) acaba refletida pelos Acordos TBT e SPS.

⁴¹⁶A proteção da vida, saúde de animais, vegetais e seres humanos, onde se compreende o meio ambiente e recursos esgotáveis.

O princípio da dignidade da pessoa humana é a pedra angular de todo o ordenamento jurídico brasileiro, cristalizado de forma erga omnes⁴¹⁷. No plano internacional, o inciso II do art. 4º da CRFB disciplina que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. A "prevalência dos direitos humanos" é um princípio regedor da atuação internacional brasileira.

Desta forma, conclui-se que a política regulatória brasileira deva garantir a defesa do princípio da dignidade da pessoa humana^{418 e 419} (do cidadão brasileiro e/ou dos residentes e domiciliados no território nacional) tanto no comércio interno, como no comércio internacional.

A dignidade da pessoa humana deve alcançar na OMC o patamar de pedra angular de todo o sistema jurídico do comércio internacional, assim como galgou seu lugar no centro do sistema jurídico de tantos países, como exemplo o Brasil, onde tivemos a remodelagem de todo o ordenamento nacional, a partir da CRFB de 1998. Afinal, não se pode perder de vista que o comércio internacional é feito por homens e para o bem estar da humanidade.

A autonomia do governo para fazer a escolha de política social conveniente à sua sociedade é o reflexo da liberdade experimentada pela maior parte dos países-membros da OMC. Se um país, mesmo diante de problema idêntico a de seu parceiro comercial preferir adotar política diversa⁴²⁰, que venha a impor barreiras técnicas àquele, a este caberá demonstrar ao Órgão de Controvérsias a inexistência de alternativas ao resguardo de direitos fundamentais de seus cidadãos para que tenha adotado tal medida⁴²¹.

417A constitucionalização do Direito Privado, com a absorção de matérias privadas na Constituição e a necessária leitura de todo o Direito Privado à luz dos ditames constitucionais gerou o que pela doutrina foi considerado como a repersonalização do Direito.

418Cf. CRFB, art. 1º, inciso III. A personalidade é tutelada pelo direito no sentido de reconhecer-lhe a autonomia plena e de proteger-lhe a integridade pessoal em suas amplas dimensões.

419CANTALI, Fernanda Borghetti. op. cit.: "A efetividade consagrada ao princípio da dignidade humana restaurou a primazia da tutela da pessoa como valor fundante da ordem jurídica, recolocando a pessoa enquanto ser dotado de dignidade como sendo a finalidade e a função de todo o sistema jurídico brasileiro".

420Cf. SAMPSON, Gary P. (Ed.). op. cit., p. 10: "The reality is that international standards do not exist to meet the needs of all countries, and regulations that bear on the competitiveness of traded products differ across countries for very good reasons. Physical conditions differ, meaning varying absorptive capacities for air pollution, different impacts of timber-cutting on deforestation and desertification. A further complication is that, even if physical conditions are identical across countries and the risks are well known, societies may well wish to manage these risks differently."

421Cf. INMETRO. *Barreiras Técnicas às Exportações*: o que são e como superá-las. 3. ed. Edição Alerta Exportador. Barreiras Técnicas às Exportação, cit., p. 24: "Note-se que o país que está emitindo o regulamento não está obrigado a adiar ou suspender a aplicação das medidas, mas é obrigado a explicá-las de maneira convincente. Caso a explicação não seja considerada satisfatória, o Brasil poderá levar o caso às reuniões regulares do Comitê de Barreiras Técnicas da OMC ou, até mesmo, em casos graves, solicitar a abertura de um painel da OMC ou, até mesmo, em casos graves, solicitar a abertura de um painel ao Órgão de Solução de Controvérsias da Organização."

Desta forma, conclui-se que importa ao Estado brasileiro fiscalizar se as normas técnicas brasileiras são observadas na importação de produtos e serviços que afetem a segurança, saúde e meio ambiente⁴²² dos cidadãos brasileiros⁴²³, trata-se de um direito-dever por sua vez reconhecido de forma implícita, também, no artigo XX do GATT 1994⁴²⁴, o qual legitima que seja observado no comércio internacional o respeito aos direitos humanos e consumeristas⁴²⁵, bem como cabe ao Estado brasileiro tomar as providências cabíveis para que haja no território brasileiro a mais ampla difusão das normas técnicas estrangeiras e internacionais em prol do incremento da exportação nacional⁴²⁶.

A interpretação dos acordos comerciais da OMC deve se dar de forma concatenada ao artigo XX do GATT 1994. Este dispositivo deve ser analisado de forma complementar aos acordos de comércio da OMC. O sistema de solução de controvérsias não pode permanecer ensimesmado em seus próprios textos normativos, deve se abrir para todo o arcabouço do direito internacional⁴²⁷, no qual sem dúvida, integra a preservação do meio ambiente e a proteção aos direitos humanos e consumeristas.

Cabe ao Estado brasileiro tomar as providências cabíveis para que haja no território brasileiro a mais ampla difusão das normas técnicas nacionais, estrangeiras e internacionais em prol do incremento da exportação nacional. É sabido que as exigências

422Cf. INMETRO. *Barreiras Técnicas às Exportações*: o que são e como superá-las. 3. ed. Edição Alerta Exportador. Barreiras Técnicas às Exportação, cit., p. 15. Os acordos da OMC que se relacionam com questões ambientais são o (TBT), o (SPS), o Acordo sobre Agricultura e o TRIPS.

423Cf. Id. Ibid., p. 12: “Como procedimentos de avaliação da conformidade entendem-se os procedimentos técnicos utilizados para confirmar se tais normas ou regulamentos estão sendo cumpridos. Para tanto, são realizados ensaios, verificações, inspeções e certificações no intuito de avaliar sistemas da qualidade, produtos, serviços e pessoal. Tais procedimentos permitem que se crie confiança nos produtos testados ou avaliados, protegendo, assim, o consumidor e as empresas.”

424Cf. AMARAL JÚNIOR, Alberto do et al. *O Artigo XX do GATT, meio ambiente e direitos humanos*, cit., p. 29: “As exceções ao livre comércio permitidas pela OMC, nesse contexto, são potencialmente fortalecedoras de arranjos de cooperação internacional; ainda que gerem restrições comerciais, podem alavancar a proteção dos direitos humanos e garantir que políticas públicas legítimas sejam criadas ou mantidas.”

425PRAZERES, Tatiana Lacerda. op. cit., p. 245.

426BLIND, Knut. op. cit., p. 225 Na análise empírica do impacto da tecnologia no comércio internacional baseado nas relações comerciais bilaterais de comércio exterior entre Alemanha, Áustria e Suíça. O autor examina em que medida o equilíbrio do comércio bilateral depende da repercussão das normas técnicas no país exportador ou importador, ou se derivam da teoria da concorrência e das distorções aplicáveis ao comércio. “we shall examine to what extent the bilateral balance of trade depends on the relations of the standards stocks in the exporting or importing country, or whether the above-mentioned hypotheses derived from the theory of competitive advantage and trade distortion apply.”

427Cf. AMARAL JR, Alberto. *A solução de controvérsias na OMC*, cit., p. 4: “A interpretação do artigo XX é útil, ainda, para vincular as regras comerciais ao restante do direito internacional, de tal sorte que a parte e o todo estejam em estreita simbiose.” No capítulo V o internacionalista apresenta o princípio do “Diálogo” das Fontes” proposta para equacionar o conflito jurisdicional de normas internacionais na OMC: “O ‘diálogo’ das fontes, que a presunção contra o conflito favorece pressupõe compreender o direito internacional como um sistema, dotado de um repertório e de uma estrutura.

apresentadas ao exportador⁴²⁸ devem se ater àquelas impostas aos nacionais, sob pena de violação dos Acordo OMC (TBT) e (SPS), portanto, tanto as empresas brasileiras de importação, como as estrangeiras de exportação devem conhecer as normas técnicas de seu ramo de atividade com o fito de acatar o conteúdo normativo homologado pelo Fórum Nacional de Normalização.

⁴²⁸É forçoso ao exportador conhecer as exigências técnicas do país destinatário, caso contrário, corre-se o risco do produto ir e voltar gerando enorme prejuízo. A prestação de serviços de assessoria e consultoria na área de normalização é atividade de inquestionável necessidade para as empresas nacionais e estrangeiras. As empresas não têm expertise em normalização, motivo pelo qual contratam serviços e produtos que lhe facilitem o cumprimento de obrigações legais.

5. CONCLUSÃO

Claude Colombet⁴²⁹ aponta que a investigação dos princípios fundamentais relacionados com os direitos dos autores e colaboradores da criação literária e artística implica de antemão em um questionamento sobre a justificativa de tais direitos.

Concorda que o fundamento teórico do direito de autor está nas necessidades da humanidade em matéria de acesso ao saber e na necessidade de se fomentar a busca pelo conhecimento recompensando-se os criadores, direito este fundamentado no artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴³⁰.

A “Carta do Direito de Autor”, elaborada e assinada aos 22.09.1956 em Hamburgo pelas mais altas expressões da especialidade, tem início com dois textos que ressaltam o desempenho social:

1. Os autores das obras literárias, musicais, artísticas e científica exercem uma função espiritual cujo benefício se estende a toda a humanidade, se perpetua no tempo e condiciona essencialmente a marcha da civilização.

Deve o Estado, portanto, assegurar a proteção mais ampla ao autor, por consideração não só ao seu esforço como pelo bem social.

2. A liberdade de criação e de expressão, estreitamente ligada à liberdade da informação e da ciência, é condição indispensável ao cumprimento da tarefa cultural e social dos autores.

Liberdade de criação e de expressão significa em primeiro lugar para o autor inteira liberdade na investigação e na comunicação pública das suas experiências, ideias (sic) e sentimentos, concretizados numa obra – o que representa ser-lhe dada possibilidade de desenvolver a sua personalidade artística e científica. [...] ⁴³¹.

429COLOMBET, Claude. op. cit., p. 1 “La investigación de los principios fundamentales relacionados con los derechos de los autores y auxiliares de la creación literaria y artística implica de antemano un cuestionamiento sobre la justificación de tales derechos. Con toda razón se ha dicho respecto del derecho de autor, en materia de acceso al saber y, en definitiva, en la necesidad de fomentar la búsqueda del conocimiento recompensando a quienes la efectúan’.

430A Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamou entre os direitos inerentes a todos os seres humanos que “1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das 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 ou artística da qual seja autor”.

431CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual: direito de autor, natureza, importância e evolução*, cit., p. 78-79.

Contudo, não há direito absoluto, em particular, pautamo-nos por analisar o que inicialmente entendíamos por “exceções”, depois, paulatinamente, perante a consequente verificação das posições doutrinárias, percebemos, inicialmente, o pouco caso da doutrina para com a matéria, e, em segundo lugar, talvez, a primeira constatação justifique a segunda, a verdadeira confusão terminológica e até mesmo conceitual. Há obras intituladas “Exceções aos Direitos de Autor”, que de fato cuidam das limitações aos direitos autorais, comentando-se, em pouquíssimas linhas vaga menção sobre as obras não protegidas, no que na nossa compreensão seriam mais coerentes com o termo exceção.

Começamos por buscar pelo tema “exceções”, percebemos que de fato estávamos em busca da doutrina e jurisprudência sobre as obras não protegidas pelo Direito Autoral. Todavia, a certo ponto, verificou-se incoerente, denominar tudo que não se protege por Direito Autoral, por obras não protegidas.

Importa trazer à tona as diferenças. Nem toda criação não protegida alcança o status de obra, portanto, concluímos que seria mais coerente uma nova terminologia para o estudo daquilo que não é protegido por Direito de Autor: “criações não protegidas”. Expressão mais abrangente, a qual permite a inclusão do trato das obras não protegidas, que no nosso entender, seriam aquelas que preenchem os pressupostos, porém, por razões constitucionais, são excetuadas do sistema.

A partir da escolha do tema do presente trabalho, pairou a convicção de que não seria possível estudar os fundamentos da não proteção, identificar as criações não protegidas que fugiram do alegado rol taxativo da Lei, sem nos pautarmos pelo estudo dos fundamentos da proteção, de seus pressupostos.

A despeito da não previsão expressa dos pressupostos na legislação que trata de direitos autorais, seja na Convenção de Berna, ou na Lei 9.610 de 1998, restou evidenciado que tal lacuna foi preenchida devidamente por sólida construção doutrinária, bem como, seguidamente aplicada nos casos concretos, formando-se, jurisprudência pacífica sobre os pressupostos de proteção às obras literária, artística e científica. Estas devem ter forma de expressão original e exteriorizada, e, ainda, na nossa compreensão, deve-se poder identificar a personalidade ou personalidade criativa no todo ou nas partes que o formam.

Entendemos que a personalidade criativa poderá ser identificada também nas obras complexas e compostas, aquelas que são elaboradas a partir de diferentes obras, mediante uma pluralidade de colaboradores, o que pode se verificar na premiação meritória dos diferentes partícipes criativos da obra audiovisual (cinematográfica, publicitária), no rol de coautores da obra audiovisual, o que se dá, independentemente do regime econômico sob o qual são administradas⁴³². Será sempre possível se reconhecer os traços da personalidade dos autores cuja contribuição criativa destaque-se. As obras em que não se possa reconhecer as contribuições personalíssimas do ser humano não preenchem os pressupostos de proteção construídos pela doutrina e jurisprudência.

Foram analisados os principais dispositivos da Lei 9.610 de 1998, bem como da Convenção de Berna acerca do tema, com relevo à natureza da técnica legislativa adotada nos artigos 7º e 8º. O rol exemplificativo do artigo 7º não causa discussões acaloradas, diferente do que ocorre em relação à sua aplicação literal. Esta nos parece comprometer a coerência do sistema jurídico de Direito Autoral, banalizando-se os pressupostos de proteção, já que a proteção passa a ser automática pelo simples batismo da criação: Trata-se de texto, portanto, é uma obra literária? Não se acalenta, nesta discussão, em nenhuma hipótese, o exercício da meritocracia para se considerar uma criação do espírito protegida ou não. Nosso objetivo é contestar a diluição dos pressupostos.

O presente estudo apresenta considerações sobre a necessidade de se realizar a interpretação da lei, não como fonte única do Direito, sendo fundamental para a completude do sistema de Direito Autoral as denominadas fontes materiais, a doutrina e jurisprudência. Alerta-se para o fato de que nem tudo que se encontra descrito no rol do artigo 7º da Lei 9.610 de 1998 deva ser automaticamente considerado como obra literária, artística ou científica.

Os fundamentos para a não proteção de determinadas criações vão além do não cumprimento dos comentados pressupostos à proteção autoral. A verificação dos pressupostos de proteção é o primeiro passo, mas não se pode limitar a investigação a eles. Restou evidenciado que há obras que apesar de preencherem os pressupostos de proteção autoral, dotadas de forma de expressão original, permitindo-se a identificação da

432Até mesmo na obra coletiva ou na obra de encomenda não se exclui a necessidade do reconhecimento das participações individuais, da atribuição de créditos, na forma do inciso XXVIII, letra “a”, CRFB e art.17 da Lei 9.610 de 1998.

personalidade criativa, como nos casos de redação de acórdãos na figura do relator, mas, ainda assim, foram alijadas da proteção do Direito de Autor.

O Direito Constitucional, sobretudo os princípios e valores essenciais consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil, tais como o desenvolvimento da sociedade, a liberdade de expressão, o interesse público, o direito à informação sob qualquer forma, processo ou veículo, a garantia da manifestação do pensamento e a função social são os fundamentos da exclusão das mais diversas criações intelectuais do sistema de Direito Autoral, fundados na dignidade humana.

Sugerimos a interpretação abrangente, tanto para o artigo 7º, a despeito da expressão “tais como”, como para o artigo 8º, que também, não pode ser analisado isoladamente, sem a concatenação dos pressupostos de proteção e de não proteção. Aqui não se contesta a interpretação restritiva aos negócios jurídicos que cuidem de direitos autorais. Estamos tratando da aplicação da lei de forma abrangente, nos casos concretos de conflito, não nos contratos, para se conferir a condição de obra protegida ou de criação não protegida pelo Direito Autoral.

Elucida Guilherme Carboni⁴³³ que a função social do direito de autor não se restringe somente às limitações ditadas pelo interesse público, mas abrange, também, a estrutura interna de próprio direito, compreendendo o objeto e a duração da proteção autoral, compondo as chamadas “restrições extrínsecas”. Portanto, o cumprimento da função social da proteção autoral se dá precipuamente em razão da extensão de seu objeto e de sua duração.

Desta forma, resta claro que não há necessidade de se alterar a Lei em vigência para explicitar a não proteção por Direito Autoral a normas técnicas. Demonstrou-se no capítulo IV o conceito, o processo de elaboração, os objetivos e alcance da normalização, bem como sua penetração nos sistemas jurídico e socioeconômico.

As normas técnicas brasileiras são instrumentos jurídicos infraconstitucionais criados para dar efetividade a obrigação do Estado de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente – garantias esculpidas no inciso V do artigo 225 e §1º. da Constituição da República Federativa do Brasil.

433CARBONI, Guilherme. *A função social do direito de autor e sua regulamentação no Brasil*, cit., p. 144.

O Código de Defesa do Consumidor - CDC, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, em seu art. 39, inciso VIII, dispõe como prática abusiva a distribuição de produtos no mercado que estejam em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes⁴³⁴, portanto as normas técnicas brasileiras são cogentes aos fornecedores de produtos e serviços⁴³⁵. O Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997 estabelece que as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 ao dispor sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, precisamente nas letras “a” e “b” do inciso IX do artigo 12 e inciso III do artigo 18.

Também obrigatórias são as normas técnicas ABNT que venham a disciplinar os processos de licitação, sob pena de nulidade deste⁴³⁶, conforme disciplina a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 na forma dos incisos X do artigo 6º, e, VI do artigo 12, bem como do artigo 75.⁴³⁷

Estes são alguns exemplos, entre muitas ocorrências percebidas nas Lei nº 8.974 de 05 de janeiro de 1995, Decreto nº 508 de 11 de dezembro de 2002, Decreto nº 1.787 de 12 de janeiro de 1996, Lei nº 10.098 de 19 de dezembro de 2000, Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999.

A familiarização com os conceitos contemporâneos da normalização é relevante para a efetividade dos direitos humanos nas práticas consumeristas, tanto no plano interno, como no comércio internacional. Por todo o território nacional, tanto o cidadão, a entidade privada ou a pública, deve obediência ao cumprimento das normas técnicas, incluindo-se os negócios jurídicos de importação e exportação.

434Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).

435O Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, conforme as letras “a” e “b” do inciso IX do artigo 12 e inciso III do art. 18 estabelece as sanções administrativas previstas na Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, o que importa em reafirmar a natureza cogente das normas técnicas referenciadas pelo CDC.

436Destacam-se os seguintes preceitos: “Art. 6º Para os fins desta lei, considera-se: (...) X - Projeto Executivo - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT); Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos: VI - adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas; Art. 75. Salvo disposições em contrário constantes do edital, do convite ou de ato normativo, os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado.”

437A obrigatoriedade das normas é referenciada por distintos dispositivos legais, entre outros, nos na Lei 8.974 05.01.1995, Decreto nº. 508 de 11.12.2002, Decreto nº 1.787 de 12.01.1996, Lei nº. 10.098 de 19.12.2000, Decreto nº. 3.298 de 20.12.99.

Quanto à estética das normas, não alcançam sequer a condição de obras científicas, visto ser sua forma de expressão advinda de um padrão determinado pelo Guia ISO de normalização, assim como adotamos no presente trabalho, as regras para citação e rodapé.

As regras de forma de expressão servem para facilitar a comunicabilidade, universalizando-a, sempre que possível. E sempre que a forma de expressão não for além do útil, ou necessário, não há que se falar em criatividade, quiçá, a criatividade com peculiar personalidade – a originalidade. Sobre os modos de expressão, diz ASCENSÃO⁴³⁸ que “não há criatividade, que é essencial à existência de obra tutelável, quando a expressão representa apenas a via única de manifestar a ideia”, citando as descobertas matemáticas e químicas, que se expressam através de fórmulas. Assim menciona Ascensão⁴³⁹ para lembrar que todas as vezes que a expressão for vinculada como modo de manifestação da realidade, falta-lhe a criatividade, e não, há, portanto, obra literária ou artística:

A presunção de qualidade criativa cessa quando se demonstrar que foi o objeto que se impôs ao autor, que afinal nada criou [...] pois na obra de destinação utilitária temos antes de mais essa função, e não uma função literária ou artística. Nenhum motivo há para deixar automaticamente essas obras transpor o limiar do direito de autor. Só o poderão fazer se como resultado de uma apreciação se concluir que, além do seu caráter utilitário, têm ainda um mérito particular que justifica que as consideremos também obras literárias.

As normas técnicas têm natureza de procedimentos normativos (Art. 8º, I), devem ser tratadas como informações de uso comum, (Art. 8º, V), sempre associadas a um procedimento normativo, o que acaba por gerar um método, também excluído (Art. 8º, I), e, sobretudo, sendo de natureza cogente, aquelas referenciadas pelas supracitadas Leis, entre outros, tais como portarias, decisões judiciais (Art. 8º, inciso IV).

A interpretação abrangente do artigo 8º, subsidia-se, sobretudo no princípio da dignidade humana, o qual faz com que prevaleçam os direitos constitucionais do ser humano de saúde, segurança e meio ambiente equilibrado, regulados detidamente por normas técnicas.

Os critérios para a proteção da obra literária, artística e científica foram descritos pelos países de maneiras distintas, mas estão presentes nos sistemas jurídicos de forma expressa ou implícita, conforme ocorreu no Brasil. A doutrina tem papel

438ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, cit., 2007, p. 39.

439Id. *Direito autoral*, cit., 1997. p. 40, 51 e 60.

fundamental para a correta interpretação da lei de Direito Autoral, discorrendo sobre os princípios e norteando a correta aplicação da lei.

Os pressupostos de proteção consagrados às obras literárias, artísticas e científicas são válidos, ainda que não estão expressos na Lei. Essa questão foi demonstrada pelo debate de doutrina qualificada no Capítulo II, reconhecendo-se o papel da doutrina na produção de modelos dogmáticos e da jurisprudência que acaba por traçar norma jurídica geral e obrigatória, distinguindo-se da lei por sua maior flexibilidade e maleabilidade. Sendo assim, os pressupostos de proteção às obras literária, artística e científica foram validamente formulados pela doutrina e jurisprudência, sendo que as regras advindas dos conceitos jurídicos devam ser aplicadas, sabiamente, segundo as especificidades do caso concreto, e, os princípios gerais do Direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 1. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ABRÃO, Eliane Y. Direito autoral e propriedade industrial como espécies do gênero propriedade intelectual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 739, p. 86-95, maio 1997.

_____. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002.

_____. Proteção ao direito autoral tem limites. *Tribuna do Direito*, São Paulo, nov. 1995.

ALENCAR, Eunice Soriano de; FLEITH, Denise de Souza. *Criatividade: múltiplas perspectivas*. 3. ed. rev. e atual. Brasília: Ed. da UnB, 2009.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *O Artigo XX do GATT, meio ambiente e direitos humanos*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980

_____. *Direito autoral*. 2. ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Libertad de ideas, hechos, conceptos, sistemas, aspectos funcionales. In: DERECHO DE AUTOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DROIT D'AUTEUR ET LIBERTE D'EXPRESSION. COPYRIGHT AND FREEDOM OF EXPRESSION, ALAI, 2006 BARCELONA. 19-20 jun. 2006.

_____. *Lições de teoria geral do direito civil: ações e fatos jurídicos*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. v. 3.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. Disponível em: <www.abnt.org.br>.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT ISO/IEC Guia 2. Normalização e atividades relacionadas – vocabulário geral. 2. ed. Informativo virtual ABNT. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/61409957/ABNT-ISO-IEC-Guia-2-2006>>.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da Regra dos Três Passos (Three-step-test). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, 2007.

_____. O Regime Internacional de Proteção da Propriedade Intelectual da OMC/Trips. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (Org.). *OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Ed. Aduaneiras, 2002.

BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário brasileiro de propriedade industrial*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Direito de Autor. Coletâneas ou compilações de leis. Inexistência no campo do Direito de Autor, quando acompanhadas de remissões a textos e de índices, sem comentários ou notas de interpretação – Ausência, no caso, de criação intelectual protegível. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 81, n. 681, p. 273-275, jul. 1992.

_____. *O direito de autor nos meios modernos de comunicação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

_____. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

_____; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

BLIND, Knut. *The economics of standards: theory, evidence, policy*. Great Britain: Edward Elgar Publishing Limited, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Cone, 1999.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. *A teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1999.

CABRAL, Plínio. *Direito autoral*: dúvidas e controvérsias. São Paulo: Ed. Harbra, 2001.

_____. *A nova lei de direitos autorais*. 1. ed. Porto Alegre: Ed. Sagra Luzzatto, 1998.

_____. *Revolução tecnológica*. Porto Alegre: Sagra Luizzatto, 1998.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. 2008. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1561>.

CARBONI, Guilherme. *A função social do direito de autor e sua regulamentação no Brasil*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAVALCANTI, Cordélia Robalinho. Definição de publicações oficiais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 83, n. 298, p. 377-380, abr./jun. 1987.

CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual*: direito de autor, natureza, importância e evolução. São Paulo: LTr, 1995.

_____. *Direito de autor*: princípios fundamentais. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade*: reflexões à luz do código civil. 2008. Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

_____. Norma técnica, direito de autor e direito do consumidor. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Orgs.). *20 Anos do Código de Defesa do Consumidor*: estudos em homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Notas sobre plágio e autoplágio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 15, v. 29, jan./jun. 2012.

COLOMBET, Claude. *Grandes princípios del derecho de autor y los derechos conexos em el mundo: estudio de derecho comparado*. 3. ed. Madrid: Ediciones UNESCO/CINDOC, 1997.

CONCEITO de Esquema. Disponível em: <<http://conceito.de/esquema>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI. Disponível em: <www.normalizacao.cni.org.br>.

COSTA JR., Paulo José. *Código Penal comentado*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2005.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. Coordenação: Hélio Bicudo. São Paulo: FTD, 2008.

CUNHA, Newton. *Dicionário Sesc: a linguagem da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. *Código Penal comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

_____. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

_____. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

DUVAL, Hermano. *Direitos autorais nas invenções modernas*. Rio de Janeiro: Editorial Andes, 1956.

ERCOLANI, Stefania. Limitations and exceptions in the Italian copyright legislation. *Entertainment Law Review*, v. 10, n. 1, Jan. 1999.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O posicionamento institucional da ABNT e das normas técnicas no quadro dos direitos fundamentais. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, v. 6, n. 1, p. 63-95, jan./jun. 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. 2. ed. rev. e aum. 13. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FILOINFO. Disponível em: <<http://www.filoinfo.bem-vindo.net/filosofia/modules/lexico/entry.php?entryID=664>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

FINGER, Michael J.; WINTERS, L. Alan. HIRSCH, Alan (Comment). What can the WTO do for developing countries? In: KRUEGER, Anne O. (Ed.). *The WTO as an international organization*. Chicago: University of Chicago Press, 1998. p. 365-400.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito autoral: da antiguidade à internet*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

FRASSI, Paola A. E. *Creazioni utili e diritto d' autore: programmi per elaboratore e raccolte di dati*. Milano: Giuffrè, 1997.

GANDELMAN, Henrique. *Direitos autorais*. São Paulo: Ed. Senac Nacional, 2004.

GOLDSTEIN, Mabel. *Derecho de autor*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1995.

GUIA de Boas Práticas de Regulamentação. SINMETRO/CONMETRO/CBR. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/qualidade/pdf/guia_portugues.pdf>.

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

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ICONE Brasil. Disponível em: <<http://www.iconebrasil.org>>.

INMETRO. Articulação Internacional. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/barreirastecnicas.asp>>.

_____. *Barreiras Técnicas às Exportações: o que são e como superá-las*. 3. ed. Edição Alerta Exportador. Barreiras Técnicas às Exportação. INMETRO, abr. 2009. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/pdf/Manual_BarrTec2009.pdf>.

_____. Disponível em: <www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas>.

_____. *O ponto focal do Brasil*. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/pontofocal/>>.

_____. TEMA IV- Sustentabilidade do Sistema Brasileiro de Normalização. Disponível em: <www.inmetro.gov.br/qualidade/comites/PBN.doc>.

INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION. Disponível em: <www.iec.ch/about/partners/agreements/wto-e.htm>.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION – ISO. Disponível em: <www.iso.org>.

JESSEN, Henry. *Direitos intelectuais*. Rio, de Janeiro: Ed. Itaipu, 1967.

JUSTIÇA FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>

KARNELL, G. W. G. The European Sui Generis protection of databases: Nordic and U.K. Law Approaching the Court of the European Communities – some comparative reflections. *Journal of the Copyright Society of the USA*, v. 49, n. 4, Summer 2002.

LAI, Stanley. Publisher reigned in on racing data copyright claim. *WIPO Magazine*, n. 1, Feb. 2012.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, 2001.

MANSO, Eduardo J. Vieira. *Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais (derrogações e limitações)*. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MASOUYÉ, Claude. *Guia da Convenção de Berna relativa à Protecção das Obras Literárias e Artísticas*. Tradução de Antônio Maria Pereira. Genebra: Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), 1980.

MEIRELLES Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Disponível em: <<http://www.mre.gov.br/index>>.

_____. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/multicom.htm>>.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1975. v. 2.

MORAES, Walter. Autor (Direito de). In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 9, p. 269-302.

MORATO, Antonio Carlos. *Direito de autor em obra coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

NUNES, Rizatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OBRA Científica. *JusBrasil*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/288846/obra-cientifica>>. Acesso em: 12 ago. 2012

OLIVEIRA, J. N.; WILLINGTON, J. *Anotações à Lei do Direito Autoral: Lei 9.610/98*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVER, Paulo. *Direitos autorais da obra literária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: los textos jurídicos*. Ginebra: Secretaria do GATT, 2003. p. 143-169.

PICARD, Edmond. *O direito puro*. 2. ed. Salvador: Livraria Progresso Ed., 1954.

_____. *Le droit pur*. Paris: Flammarion, 1920.

PONTES, Hildebrando. Autoria e obra coletiva. In: PIMENTA, Eduardo Salles (Coord.). *Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. *Comércio internacional e protecionismo*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

PREFÁCIO Internacional. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT ISO/IEC Guia 2. *Normalização e atividades relacionadas – vocabulário geral*. 2. ed. Informativo virtual ABNT. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/61409957/ABNT-ISO-IEC-Guia-2-2006>>.

RABAÇA, Carlos Alberto; BARBOSA, Gustavo Guimarães. *Dicionário de comunicação*. Rio de Janeiro: Campos, 2002.

REALE, Miguel. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Adriano Claudio Pires. *O direito de autor nos programas de televisão*. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

RODRIGUES, Edmundo. *Manual ilustrado de estilos artísticos*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, [s.d.].

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes (Org.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Regulação da atividade econômica. Teoria da regulação: princípios gerais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

SAMPSON, Gary P. (Ed.). *The WTO and global governance: future directions*. Tokyo; New York; Paris: ONU; United Nations University Press, 2009.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Objeto e limites da proteção autoral de programas de computador*. 2003. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

_____. *Parecer*. São Paulo, 2008. Parecer técnico apresentado à ASTM International.

_____. Princípios constitucionais e propriedade intelectual – o regime constitucional do direito autoral. In: ADOLFO, L. G. S; WACHOWICZ, M. *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997.

SEUNA, Christophe. Liberté des idées, faits, concepts, systèmes, aspects fonctionnels. In: INTERNATIONAL LITERARY AND ARTISTIC ASSOCIATION. CONGRÈS (2006 : Barcelona). *Derecho de autor y libertad de expresión. Droit d'auteur et liberté d'expression. Copyright and freedom of expression*. ALAI 2006 Barcelona 19-20 jun. 2006. [S.l.]: Huygens, 2008.

SILVA, Adalberto Prado e. *Novo dicionário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1963. v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed., rev. e atual. até a EC n. 52, de 08.03.2006. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

SILVEIRA, Newton. As fronteiras da técnica. In: ABRÃO, Eliane (Org.). *Propriedade imaterial: direitos autorais, propriedade industrial e bens de personalidade*. São Paulo: SENAC, 2006. p. 19-24.

_____. *A propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Manole, 2011.

SILVEIRA, Newton. As fronteiras da técnica. In: LIMA, Luís Felipe Balieiro (Coord.). *Propriedade intelectual no direito empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. Violações aos direitos patrimoniais – contrafação – danos patrimoniais – exceções oponíveis ao exercício dos direitos patrimoniais. In: NAZO, Georgette N. (Coord.). *A tutela jurídica do direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

SILVEIRA, Wilson (Org.). *Estudos e pareceres de propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Júris: 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais*. Rio de Janeiro: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociação multilaterais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5936712&vlCaptcha=KsTSU>>.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. *Mídia e propriedade intelectual: a crônica de um modelo em transformação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VIDE, Carlos Rogel; DRUMMOND, Victor. *Manual de direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VILLALBA, Carlos A.; LIPSZC, Delia. *El derecho de autor em la Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2001.