



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Carolina Tinoco Ramos

Contributo Mínimo em Direito de Autor:

**o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja
protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional
e no direito brasileiro**

Rio de Janeiro

2009

Carolina Tinoco Ramos

**Contributo Mínimo em Direito de Autor:
o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e
tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Internacional e Integração Econômica.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Vaz e Dias
Co-orientador: Prof. Dr. Denis Borges Barbosa

Rio de Janeiro

2009

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R175c Ramos, Carolina Tinoco.

Contributo mínimo em direito autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro / Carolina Tinoco Ramos. - 2010.
XX f.

Orientador: José Carlos Vaz e Dias.

Co-orientador: Denis Borges Barbosa

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direitos autorais - Teses. 2. Propriedade intelectual - Teses. 3. Autoria - Teses. I. Dias, José Carlos Vaz e. II. Barbosa, Denis Borges. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 347.78

Autorizo, para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação.

Carolina Tinoco Ramos

**Contributo Mínimo em Direito de Autor:
o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e
tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Internacional e Integração Econômica.

Aprovado em: 24 de fevereiro de 2010.

Banca examinadora:

Prof. Dr. José Carlos Vaz e Dias (orientador)

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Denis Borges Barbosa (co-orientador)

Faculdade de Direito da PUC

Prof.^a Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Carlos Affonso Pereira de Souza

Faculdade de Direito da FGV

Rio de Janeiro

2009

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. José Carlos Vaz e Dias, advogado, mestre em direito pela University of Kent em Canterbury, Reino Unido, doutor em direito pela University of Kent de Canterbury, Reino Unido, e ao meu co-orientador, Prof. Dr. Denis Borges Barbosa, advogado, mestre em direito empresarial, mestre em direito pela Columbia University de Nova Iorque, doutor em direito internacional, elevo toda minha gratidão por tudo o que fizeram por mim que tornou essa dissertação possível.

À “Fantástica Fábrica de Livros” que é a biblioteca do Prof. Denis Borges Barbosa. Ao Social Science Research Network (SSRN) e ao Google Scholar. À FAPERJ que ajudou a financiar parte dessa pesquisa.

Ao amigo Prof. Andre de Souza Coelho Gonçalves de Andrade, advogado, economista, especialista em e-business e propriedade intelectual, mestre em filosofia, doutorando em administração, que muito me ajudou e incentivou para que eu trilhasse o caminho para o mestrado.

Aos meus pais, Antonio Jose Motta Ramos, engenheiro civil, especialista em transportes e Heloiza Maria Carneiro Tinoco Ramos, dentista, especialista em odontopediatria e ortopedia funcional dos maxilares, por todo o amor, apoio e ajuda de sempre. À minha irmã, Fernanda Tinoco Ramos, assessora da promotoria de justiça da infância e juventude – MP/RJ, pelo amor, a amizade e o exemplo e ao meu cunhado, Daniel Falheiro da Silva, dentista, pelo carinho e pelo exemplo de dedicação e perseverança. Ao meu noivo, minha cara-metade, Fábio Henrique Andrade dos Santos, advogado, especialista em direito tributário, por todo amor e carinho, por sempre me inspirar, pelo exemplo, por sempre me apoiar e trilhar comigo até mesmo os caminhos mais longos que escolho. Aos meus futuros sogros, Armando Marques dos Santos, aposentado, e Irani Leite Andrade dos Santos, do lar, por sempre me receberem em sua casa com tanto carinho, principalmente nas noites em que eu saía tarde da UERJ. Às minhas tias, Marcia Helena Motta Ramos, pedagoga, funcionária aposentada da CERJ e Lucia Regina Motta Ramos, socióloga, professora aposentada do Estado do Rio de Janeiro, por entenderem minha ausência, pelos doces maravilhosos que sempre alegraram meus momentos de leitura e escrita e pelo carinho e amor de sempre. Aos meus padrinhos

Eliana Maria Carneiro Tinoco Cerqueira, médica, especialista em pediatria e medicina do trabalho e Cláudio Cerqueira Filho, promotor de justiça – MP/MG, pela dedicação, incentivo e amor de sempre. Ao meu tio Antonio Carlos Carneiro Tinoco, oficial de justiça avaliador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pelas lições em direito e por todo amor e carinho de sempre. Ao meu tio Manoel Olegário Motta Ramos, economista, e à minha tia Anamaria Ferreira Motta Ramos, socióloga e professora, especialista em antropologia e matemática, pelo carinho e amor de sempre e pela constante ajuda com a impressão de trabalhos. À minha segunda mãe e amiga, Zilma da Costa Carvalho, pela comidinha maravilhosa, pelos chás e por todo cuidado e amor de sempre. Aos meus cachorros, Clark e Elle, por suas presenças amorosas e por alegrarem meus intervalos.

À minha fada madrinha, Prof. Dra. Léia Alves da Silva Costa, médica, especializada em cérebro, diagnósticos, geriatria, obesidade, testes e fitoterapia e doutora em psicologia clínica junguiana, por todas as horas de amor, paciência, dedicação e incentivo.

A todos meus amigos e amigas, pela torcida e por entenderem minha ausência. Em especial: à Fernanda Teixeira Azeredo de Andrade, médica, perita do INSS, especialista em medicina do trabalho e medicina estética, pelo amor, carinho e exemplo de sempre; à Fernanda Cardozo Gabriel, advogada, especialista em direito civil, processo civil e empresarial, pelas discussões jurídicas intermináveis ao telefone, mesmo dos temas que não lhe interessam muito, e pelo amor, exemplo e carinho de sempre; e à Paula Carvalho Ferraz, servidora pública, pós-graduanda em direito empresarial, por todo carinho de sempre e pela constante torcida, incentivo e exemplo. À amiga Patrícia Carvalho da Rocha Porto, especialista em propriedade intelectual, mestranda na mesma área, pelas discussões jurídicas e por toda a ajuda com os livros. Ao amigo Pedro Marcos Nunes Barbosa, advogado, especialista em propriedade intelectual, mestrando em direito civil, pelas discussões e lições em direito e pelos livros de direito civil. Ao amigo Rodrigo de Azevedo Souto Maior, advogado, mestre em direito internacional, pelas constantes trocas de idéias a respeito de nossos temas de dissertação parecidos.

A todos os profissionais de outras áreas que me ajudaram em momentos difíceis durante essa etapa.

Ao grupo da Arte de Viver, em especial ao Alexandre Henrique de Araújo Souza e à Marcia Godoy, instrutores voluntários do curso de respiração, por todo o carinho e por me ensinarem a fórmula da calma, concentração e criatividade.

À Sonia Leitão, chefe de secretaria da UERJ, por toda atenção, carinho e paciência em me atender e me ajudar com todas as questões da secretaria de mestrado. À Catarina, à Marli, à Cláudia e à Adriane, secretárias do escritório Denis Borges Barbosa Advogados, por sempre me atenderem tão bem todas as vezes em que estive lá para usar a biblioteca.

A todos que de alguma forma ajudaram ou colaboraram comigo durante essa etapa.

Para descondicionarmos todo o nosso ser, dissolvendo as lembranças existentes, de modo que a mente seja nova a cada momento, devemos enfrentar o dia de hoje, o presente, sem o pensamento de ontem. Por exemplo, se desejais compreender um quadro moderno, é claro que não deveis chegar-vos a ele com vossa formação clássica. Ao perceberdes a verdade aí contida, está dissolvido o passado.

Krishnamurti

RESUMO

RAMOS, Carolina Tinoco. *Contributo Mínimo em Direito de Autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro*. 2009. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

O presente trabalho faz uma análise, sob o aspecto do direito internacional e do direito brasileiro, do instituto do *contributo mínimo* em direito de autor, a qual pouquíssima atenção foi dada pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Trata-se da análise do mínimo grau criativo que uma criação deve possuir para ensejar proteção por direito de autor – esse é o sentido que damos à expressão *contributo mínimo*. Devido ao caráter internacional do direito de autor, fazemos a análise sob esse aspecto, passando por um pouco da história em âmbito global e tratando de que modo esse instituto é previsto e assegurado através do direito internacional público e do direito internacional privado. Como o tema é ainda novo no Brasil, fazemos observações de ordem terminológica, diferenciando o instituto do *contributo mínimo* de demais institutos do direito de autor. Durante todo o trabalho são feitas diversas menções e citações a doutrina, jurisprudência e normas estrangeiras, com objetivo de analisar da forma mais ampla possível o modo como tem sido tratado e discutido esse instituto. Por fim, são apresentados problemas clássicos e muitos práticos em matéria de direito de autor, tais como (i) definição de obra protegida, (ii) delineamento de requisitos para proteção aquisição de proteção por direito de autor, (iii) questões envolvendo plágio e obras derivadas e (iv) balanceamento justificador entre o exclusivo do direito de autor e os todas as formas de direito de acesso às criações. Em todas essas questões, são apresentadas as formas em que o contributo mínimo está presente e como é dada sua influência e contribuição para resolução das mesmas.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Direito Autoral. Obra artística. Obra literária. Proteção. Contributo mínimo. Originalidade. Criatividade.

ABSTRACT

In the present work we make an international analysis of international law and Brazilian law about the *minimum contribute*, a requirement for copyright and authors' rights protection that almost all the time has the same meaning as the *originality requirement*. Since the word *originality* not always mean *the minimum degree of creativity that a creation must to bear in order to gain copyright or author's right protection*, we preferred to use here, with this connotation, the expression *minimum contribute*. This subject still has not received much attention from Brazilian commentators and case law, in spite of its importance. The analysis focuses on the international dimension of this subject in attention to the copyright's / author's right's international character. We start with a little bit of history on the global dimension and then present the way the minimum contribute is found and guaranteed on public international law and on private international law. Thus, since the *minimum contribute* study is still new on Brazil, we make some terminology distinction between this expression and its meaning from other often apparent similar meaning terms and expressions on copyright. During all the work we present a lot of information and make quotation on foreign commentators, case laws and laws, in pursue of analyzing, in the broadest way possible, how the minimum contribute has been treated and discussed. Finally, we present typical and practical matters on copyright, like (i) definition of protected work, (ii) delineation of copyright requirements, (iii) plagiarism, (iv) derivative works and (v) copyright central balance. When we talk about each one of these matters, we also analyze how the *minimum contribute* appears and how it can influence and make contribution in finding solutions to them.

Keywords: Intellectual Property. Copyright. Authors' Rights. Artistic work. Literary work. Protection. Minimum contribute. Originality. Creativity.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	O DIREITO DE AUTOR E O CONTEXTO INTERNACIONAL.....	15
1.1	A Importância da Visão Internacional.....	15
1.2	Contextualização do Direito de Autor no âmbito do Direito Internacional....	19
1.2.1.	<u>O Começo de tudo: Fase Local</u>	19
1.2.2.	<u>O Estabelecimento: Fase Internacional</u>	22
1.2.3.	<u>O Motivo da Análise sob o Ponto de Vista Internacional</u>	31
1.3.	O Contributo Mínimo	35
2.	A PROBLEMÁTICA DO CONTRIBUTO MÍNIMO	42
2.1.	Os Muitos Pseudônimos do Contributo Mínimo	42
2.2.	Pela Ordem! Contributo mínimo não é Novidade nem Individualidade!	47
2.2.1.	<u>Novidade.....</u>	49
2.2.2.	<u>Individualidade</u>	50
2.3.	O Mérito e o Contributo Mínimo.....	51
2.4.	Contributo Mínimo é a pulseirinha v.i.p.: os que têm entram, os que não têm ficam de fora	53
2.4.1.	<u>A Criação não surge do nada. E o Contributo Mínimo também não.....</u>	55
2.4.2.	<u>Diferentes Formas de Contributo Mínimo para Diferentes Tipos de Obras.....</u>	58
2.4.3.	<u>Uma só Palavra pode possuir Contributo Mínimo? E uma Frase?.....</u>	60
2.4.4.	<u>Criação sem nenhum contributo mínimo</u>	64
2.5.	Nem todos são a favor de uma Pulseirinha V.I.P.: o Contributo Mínimo não é Unânime.....	66
3.	CONTRIBUTO MÍNIMO COM POPULARIDADE INTERNACIONAL.....	70
3.1.	Convenção de Berna.....	70
3.1.1.	<u>Contributo Mínimo Explícito (?): “obras originais”.....</u>	71
3.1.2.	<u>Contributo Mínimo Implícito: as compilações.....</u>	72
3.1.3.	<u>Mais Contributo Mínimo Implícito: obras são “produções”.....</u>	74
3.1.4.	<u>Proteção das Fotografias.....</u>	74
3.1.5.	<u>Há Contributo Mínimo</u>	78
3.2.	TRIPs e o Comércio Internacional	79
3.3.	WCT - Convenção da OMPI sobre Direito de Autor.....	81
3.4.	Convenção Universal do Direito de Autor	82

3.5.	Convenção Interamericana sobre os Direitos de Autor (Convenção de Washington).....	84
3.6.	Contributo Mínimo no Direito Costumeiro	86
3.6.1.	<u>Declaração Universal dos Direitos do Homem</u>	88
3.7.	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	90
3.8.	Protocolo de San Salvador: Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	91
3.9.	Diretivas da União Européia	93
3.9.1.	<u>Diretiva 96/9/CE sobre Proteção Jurídica das Bases de Dados.....</u>	93
3.9.2.	<u>Diretiva 91/250/CEE sobre Proteção Jurídica dos Programas de Computador.....</u>	95
3.10.	NAFTA	96
3.11.	Conflitos entre Fontes e Direito Uniformizado	97
3.11.1.	<u>Convenção de Berna.....</u>	97
3.11.2.	<u>TRIPs.....</u>	98
3.12.	Diferentes Países, Diferentes Níveis de Contributo Mínimo	99
4.	CONTRIBUTO MÍNIMO COMO REQUISITO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL.....	102
4.1.	Caso <i>Feist</i> nos Estados Unidos	102
4.2.	Breve Análise Constitucional do Contributo Mínimo nos Estados Unidos.....	105
4.3.	Breve Análise Constitucional do Contributo Mínimo no Brasil	111
4.3.1.	<u>Natureza Jurídica do Direito de Autor.....</u>	111
4.3.2.	<u>Previsões Expressas do Direito de Autor na Constituição</u>	111
4.3.3.	<u>Previsões Implícitas do Contributo Mínimo Autoral na Constituição</u>	113
4.3.3.1.	<u>Ponderação entre Normas Constitucionais</u>	113
4.3.3.2.	<u>Os Tratados de Direitos Humanos.....</u>	118
4.4.	Decisões dos Tribunais Superiores Brasileiros	121
4.4.1.	<u>Supremo Tribunal Federal.....</u>	121
4.4.2.	<u>Superior Tribunal de Justiça.....</u>	123
4.5.	Repercussões do Caso <i>Feist</i>	128
4.5.1.	<u>Caso <i>Tele-Direct</i> no Canadá.....</u>	128
4.5.2.	<u>Caso <i>Telstra</i> na Austrália</u>	130
5.	AQUISIÇÃO DA PROTEÇÃO POR DIREITOS DE AUTOR.....	133
5.1.	A Problemática dos Requisitos para Aquisição de Direitos de Autor	133
5.1.1.	<u>Textos Normativos</u>	133

5.1.2.	<u>Tribunais Brasileiros</u>	139
5.2.	Delineamento dos Requisitos para Aquisição de Direitos de Autor	141
5.3.	Requisitos para Aquisição de Proteção por Direitos de Autor	143
5.3.1.	<u>Do sujeito criador ao sujeito com status de autor de obra autoral</u>	143
5.3.1.1.	Primeiro requisito: Criador pessoa humana	144
5.3.1.2.	Segundo requisito: Imputação pelo resultado final da criação	147
5.3.2.	<u>Do objeto criado à “obra” objeto de direito de autor</u>	148
5.3.2.1.	Terceiro requisito: Criação	148
5.3.2.2.	Quarto requisito: Exteriorização da Criação (algumas vezes, fixação).....	148
5.3.2.3.	Quinto requisito: Não estar presente nas Proibições Legais.....	151
5.3.2.4.	Sexto Requisito: Novidade	153
5.3.2.5.	Sétimo Requisito: <i>Contributo mínimo</i>	154
5.3.3.	<u>Outro requisito apontado pela doutrina: Caráter Estético</u>	155
6.	CONTRIBUTO MÍNIMO NO DIREITO DE AUTOR: IMPORTÂNCIA PRÁTICA	157
6.1.	O Objeto do Direito de Autor: É Obra? Protege!	157
6.1.1.	<u>Importância da determinação do que é Obra</u>	159
6.1.2.	<u>O que é Obra então?</u>	161
6.1.3.	<u>Implicações do Contributo Mínimo dentro de cada uma das Categorias de Obra</u>	164
6.1.3.1.	Obra Artística e Obra Literária	165
6.1.3.2.	Obra Utilitária.....	167
6.1.3.2.1	Yves Saint Laurent e o <i>Contributo Mínimo</i> para Além da Função da Criação	167
6.1.3.2.2	Obras de Arte Aplicada	170
6.1.3.3.	Obra Compilatória	171
6.2.	Contributo Mínimo na linha: direitos de autor para os que merecem de um lado e domínio público para a sociedade do outro	174
6.3.	O Plágio	178
6.3.1.	<u>Obra + Contributo Mínimo ≠ Plágio</u>	179
6.4.	Obra Originária ou Obra Derivada?	182
6.4.1.	<u>Obra originária + Contributo Mínimo = Obra Derivada</u>	184
6.5.	Crterios Objetivos para Identificação do Contributo Mínimo	186
7	CONCLUSÃO	188
	REFERÊNCIAS	194

INTRODUÇÃO

Falamos sobre “*contributo mínimo*” em direito de autor pode causar no leitor – até mesmo os especialistas na área – estranheza a respeito do que de fato se trata. Por isso acrescentamos o subtítulo com maiores explicações, o qual já trás a própria definição do que aqui chamamos de *contributo mínimo: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida por direito de autor*. E por isso também escolhemos um título tão grande, acrescido, ainda, de “contornos e tratamento jurídico no direito internacional e no direito brasileiro” para que haja menos dúvidas possíveis quanto ao conteúdo da presente pesquisa.

De fato, poderíamos ter utilizado outros termos como, por exemplo, “*originalidade* em direito autoral”. Entretanto, de tão pouco abordado o tema até hoje no Brasil, sentiríamos a mesma necessidade de acrescentar o mesmo subtítulo e com um fator em desfavor: *originalidade* nem sempre é *contributo mínimo*. Além disso, para que o título não se tornasse ainda mais confuso, empregamos nele o termo *obra* onde entendemos seria mais preciso dizer *criação*, isto é, dizer “o mínimo grau criativo necessário para que uma *criação* seja protegida por direito de autor”. Essa diferenciação será apontada mais claramente ao longo do trabalho, mas possui como objetivo principal chamar de *obra* somente aquela *criação* que atende aos requisitos para aquisição de direitos de autor.¹ Contudo, em um trabalho já intitulado “*contributo mínimo*” nos demos licença para utilizar o termo *obra* mesmo.

Exatamente por esse ser um instituto ainda em formação tanto no direito internacional como em direitos internos de diversos países, inclusive do Brasil, optamos por fazer um estudo que pudesse apresentá-lo delineando-o ao máximo possível. Para tanto, partimos da análise do *contributo mínimo* no direito internacional, mostrando a influência do direito internacional para a formação do instituto no direito brasileiro; além disso, também nos remetemos a exemplos retirados dos direitos internos de países estrangeiros, apesar de não fazermos uma análise de direito comparado propriamente dita.

Desse modo, os objetivos do presente trabalho são (i) chamar a atenção para a existência do instituto do *contributo mínimo* como requisito para aquisição de direitos de autor, (ii) apresentar a forma como ele tem sido discutido no direito internacional e no direito

¹ Chamamos atenção para o fato de que não estamos aqui excluindo da categoria de obras as criações que foram protegidas por direito de autor e atualmente já se encontram em domínio público e as criações que nunca chegaram a ser protegidas por falta de estatuto jurídico autoral à época de suas criações. Muito menos nos referimos ao conceito de obra sob o aspecto da arte. Fazemos nesse trabalho a diferenciação entre os termos obra e criação apenas por uma questão jurídico-didática.

brasileiro e (iii) apontar como ele se mostra muito útil na resolução de diversos problemas práticos do direito de autor.

No primeiro capítulo tratamos da importância de se ter sempre um olhar internacional para as questões de propriedade intelectual e contextualizamos o direito de autor no âmbito do direito internacional, fazendo uma breve exposição histórica. Em seguida, tratamos do tema do *contributo mínimo* propriamente dito e fazemos correlação entre o contributo mínimo autoral e os que seriam os contributos mínimos das patentes, marcas e desenhos industriais, chamando atenção para o fato de que esse não é um instituto encontrado somente no direito de autor.

No segundo capítulo o desafio é apresentar o contributo mínimo autoral sob diversos aspectos, já fazendo pequenas ressalvas a respeito de sua importância. Começamos esclarecendo questões de ordem terminológica e depois fazemos uma diferenciação em relação a outros institutos que algumas vezes são confundidos com o do contributo mínimo. Partimos então para a demonstração do instituto do contributo mínimo autoral e dizemos como ele é tratado como se fosse um “bilhete de ingresso” para a tenda de proteção do direito de autor; para tanto, passamos por questões como transformação criativa, diferentes modos de tratar diferentes obras, questionamentos sobre o tamanho que uma criação deve possuir para poder ser protegida e criações sem criatividade. Finalizamos esse capítulo apresentando entendimentos que, em direção diversa do que defendemos, consideram o contributo mínimo como uma falácia ou uma redundância.

No terceiro capítulo damos um mergulho no direito internacional público e privado, apresentando como o contributo mínimo tem aparecido em tratados, em diretivas da União Européia, no direito internacional costumeiro, no direito uniformizado e em questões de conflitos entre fontes. Ao final destacamos que diferentes *graus mínimos de criatividade* são adotados por diferentes países.

No quarto capítulo trazemos um importante caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, conhecido como caso *Feist*, que aborda o tema do *contributo mínimo* e é considerado paradigmático por ser estudado e citado por doutrinadores e tribunais de diversos países. Seguimos com uma breve análise constitucional do *contributo mínimo* nos Estados Unidos e no Brasil. Em seguida, apontamos como o contributo mínimo autoral tem sido utilizado nos tribunais superiores brasileiros. Por fim, apresentamos um pouco de como foi a repercussão do caso *Feist* em decisões das supremas cortes do Canadá e da Austrália, que chegam a discutir o tema citando esse caso.

No quinto capítulo entramos em um terreno muito movediço do direito de autor: o dos requisitos para aquisição de proteção por direito de autor. Expomos brevemente a forma como eles (não) têm sido tratados, apresentando exemplos nos textos normativos de tratados internacionais e da legislação de direito interno de diversos países e na jurisprudência brasileira. Depois propomos uma forma diferente de se tratar a questão dos requisitos, que leve em consideração tanto o agente criador (o autor) como a criação (a obra).

No sexto e último capítulo nos focamos em apresentar questões práticas que envolvem o contributo mínimo e como este poderá ajudar a resolvê-las. A primeira necessidade prática que apontamos é a de se saber determinar qual criação é uma obra e qual não é. Para isso, passamos pela controvérsia da própria definição do que é obra, propomos que para facilitar a análise de identificação do que é obra esta seja dividida em três categorias distintas (obras artísticas e literárias, obras utilitárias e obras compilatórias) e apontamos como o contributo mínimo poderá ajudar a identificá-las dentro de suas diferentes categorias. A segunda questão prática que trazemos é a da colaboração do contributo mínimo, na qualidade de requisito, para a delimitação do raio de alcance do direito de autor, utilizando como exemplo um caso concreto que envolveu pôsteres da campanha presidencial de Barack Obama. Trazemos o plágio como a terceira aplicação prática e mostramos como ele é, sem dúvidas, o instituto de direito de autor mais falado e que mais alvoroço causa na mídia. Para isso, apresentamos uma série de exemplos e apontamos que o contributo mínimo encontra-se na linha divisória entre a presença e ausência de plágio. Linha divisória semelhante nos leva para a quarta aplicação prática: a de identificação se uma obra é originária ou derivada. Nesta outra linha também encontramos o contributo mínimo. Por fim, apontamos a importância de se estabelecer critérios objetivos para identificação do contributo mínimo.

Por ser o *contributo mínimo* em direito de autor um instituto ainda em formação, não possuímos qualquer pretensão em apresentar soluções finais para esses problemas práticos que apontamos, esperamos, contudo, que esse trabalho possa servir como uma semente para o desenvolvimento de muitos outros que possam vir a trazer essas soluções. Pretendemos, sim, reunir aqui as várias indicações até então esparsas de que o contributo mínimo é um requisito que hoje se mostra essencial para o direito de autor, inclusive sob o aspecto da análise de sua função social.

1. O DIREITO DE AUTOR E O CONTEXTO INTERNACIONAL

1.1. A Importância da Visão Internacional

If you have an apple and I have an apple and we exchange these apples then you and I will still each have one apple. But if you have an idea and I have an idea and we exchange these ideas, then each of us will have two ideas.

George Bernard Shaw²

Vivemos hoje na era da informação e da globalização, aonde o mundo, cada vez mais, vai se transformando em um agregado cultural com mais homogeneidade – na tal da aldeia global. Não mais surpreende hoje que um só clique possa ser capaz de levar qualquer um que tenha certo domínio operacional da internet a acessar as mais longínquas culturas, abrindo as portas do conhecimento e promovendo contato e troca cultural.

No entanto, tudo isso tem um preço: quanto maior o avanço tecnológico, maior a capacidade de difusão de informação e, conseqüentemente, de reprodução das criações intelectuais humanas. Isso ocorre porque as criações do intelecto, por suas essências intangíveis, incorpóreas³, são naturalmente fugazes⁴, de modo que a difusão natural desses bens apenas encontra barreiras nas limitações tecnológicas para cópia, transporte e difusão de informação. O boom da internet agravou ainda mais esse problema devido sua facilidade de acesso e rapidez na troca de informações. Problema esse que já existia muito antes da criação da rede mundial de computadores.

² Dramaturgo vencedor do prêmio Nobel em Literatura (1925) e do Oscar (1938). In WIKIPEDIA, The free encyclopedia. *George Bernard Shaw*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/George_Bernard_Shaw> Acesso em 26 ago. 2008. Citação em HULL, David L. *Science as a process: an evolutionary account of the social and conceptual development of science*. Chicago: University of Chicago Press, 1990. p. 322.

³ As criações imateriais se diferem do suporte no qual estão expressas. Por exemplo, a proteção de um filme por direito autoral não envolve o DVD que o contém: são bens diversos. Tanto que a destruição do suporte DVD não implica a destruição do filme nele contido. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 31-34. SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 13-15.

⁴ Teoria da não rivalidade ou não-exclusividade dos bens protegidos por propriedade intelectual: o uso de um bem imaterial não o impede a outra pessoa. Ao contrário do que acontece com os bens materiais, os bens imateriais podem ser utilizados, ao mesmo tempo, por várias pessoas sem que nenhuma delas incorra em qualquer prejuízo ou limitação quanto à forma de utilização. BARBOSA, Denis Borges. *Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_83/artigos/Denis_rev83.htm> Acesso em 29 ago. 2008; BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.19.

De fato, a “criação tecnológica ou expressiva é *naturalmente* inadequada ao ambiente de mercado”⁵, uma vez que sem qualquer intervenção estatal para controle de tais bens essencialmente caracterizados por uma tendência centrífuga de dispersão, a criação intelectual, como instrumento de concorrência no mercado, seria logo absorvida e utilizada por diversos competidores⁶ da mesma forma e com a mesma facilidade da troca de ideias de que fala George Bernard Shaw. Assim, dado o interesse público em proteger o bem imaterial – seja por conta de seu valor econômico⁷, seja como estratégia de incentivo à inovação⁸ –, surgiu a necessidade de tutelá-los juridicamente. Portanto, é da norma jurídica que nasce o direito da propriedade intelectual⁹. E é dessa forma que os bens intelectuais, que atendem aos requisitos de proteção, passam a ser bens jurídicos tutelados¹⁰.

Neste contexto, para as diferentes criações intelectuais foram instituídas diferentes formas de proteção por direito da propriedade intelectual, através de diferentes critérios que se relacionam com a natureza e a função de cada uma dessas criações. No caso das patentes é protegido o exercício de faculdades sobre *uma solução técnica para um problema técnico*¹¹ que preencher os critérios da novidade, da atividade inventiva e da aplicação industrial¹². Já pelo direito de marcas é protegido o exercício de faculdades sobre os *signos* que possuam distintividade¹³ e as qualidades de serem visualmente perceptíveis¹⁴ e que não ofenderem um

⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral e Liberdade de Expressão. Estudos de Direito*. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>> Acesso em 26 set. 2009. p. 192. O capítulo “Domínio Público e Patrimônio Cultural” começa com uma curiosa citação da Bíblia “Mateus 10:8 de graça recebestes, de graça dai.”.

⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Bases constitucionais da propriedade intelectual (2)*. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/bases2.pdf>> Acesso em 29 ago. 2008. p. 8. Vide também, do mesmo autor, teoria do *market failure* em *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁷ Sobre o caráter econômico dos bens intangíveis: LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, Massachusetts; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003; BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global business regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_83/artigos/Denis_rev83.htm> Acesso em 29 ago. 2008.

⁹ BARBOSA, Denis Borges. *Bases constitucionais da propriedade intelectual (2)*. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/bases2.pdf>> Acesso em 29 ago. 2008. p. 8. Nesse mesmo sentido ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito intelectual em metamorfose*. In Revista de Direito Autoral. ano II. n. IV. p. 3-24. fev. 2006. p. 23. Esse entendimento não é pacífico pois há quem entenda que o direito de autor, por exemplo, é um direito natural, como podemos observar nas palavras de Antônio Chaves: “Se algum direito natural existe, nenhum poderá ser mais ‘natural’ do que o direito de autor.” In CHAVES, Antônio. *Direito do autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 4. Eduardo Vieira Manso também entende ser o direito de autor um direito natural: MANSO, Eduardo Vieira. *Os direitos autorais na nova Constituição*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 638, ano 77, p. 161-167, set. 1988. p. 161.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 400-405.

¹¹ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 337.

¹² Por exemplo, no Brasil, art. 8º da Lei n.º 9.279/96; e na França, art. L611-10 do Code de la propriété intellectuelle.

¹³ Por exemplo, no Brasil, art. 122 da Lei 9.279/96 - LPI; na França, art. L711-1 do Code de la propriété intellectuelle; e no Reino Unido, art. 1 do Trade Marks Act 1994.

¹⁴ No ordenamento jurídico brasileiro o fato de uma marca ser visualmente perceptível aparece como requisito (art. 122 da Lei 9.279/96 – LPI). Entretanto existem outros tipos de marcas – as chamadas marcas não convencionais – tais como marcas olfativas, auditivas, gustativas e táteis, cujas proteções estão previstas em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Vide INTERNATIONAL TRADEMARK ASSOCIATION. *Nontraditional trademarks*. Disponível em: <http://www.inta.org/index.php?option=com_content&task=view&id=178&Itemid=59&getcontent=1> Acesso em 28 ago.

rol taxativo de proibições legais¹⁵. Como desenho industrial é protegido o exercício de faculdades sobre as *formas ornamentais* ou os *conjuntos ornamentais* que cumprirem o requisito de originalidade¹⁶. E no âmbito dos direitos de autor¹⁷ – nosso objeto de estudo – é protegido o exercício de faculdades sobre as criações denominadas *obras*; a norma legal não indica quais são seus critérios e não há entendimento pacífico sobre esse assunto.

Entretanto, não basta que esses bens sejam tutelados somente dentro dos limites territoriais nacionais, pois a informação não pede licença para passar pelas fronteiras e, muito menos depende de autorização de alfândega ou de imigração; basta que haja contato por carta, telefone, internet (em algumas regiões fronteiriças, um megafone ou uma simples conversa presencial) para que a informação seja importada ou exportada. Precisamente por isso o direito da propriedade intelectual está genuinamente presente no cenário e no direito internacional¹⁸. Assim, a tutela jurídica às criações intelectuais tem sido uma realidade não só dentro das fronteiras dos Estados, por intermédio dos ordenamentos jurídicos nacionais¹⁹, mas também no âmbito internacional, através de tratados internacionais²⁰, do direito costumeiro e de normas de direito material do MERCOSUL²¹ e de direito comunitário da União Européia²².

2008. Por exemplo, na França há a figura da marca sonora para proteção de sons e frases musicadas (art. L711-1 do Code de la propriété intellectuelle).

¹⁵ Por exemplo, no Brasil, art. 122 c/c art. 124, ambos da Lei n.º 9.279/96; no Âmbito internacional, art. 6ter da Convenção da União de Paris para proteção da propriedade industrial; na França, arts. L711-2, L711-3 e L711-4 do Code de la propriété intellectuelle; e no Reino Unido, arts. 3 e 5 do Trade Marks Act 1994.

¹⁶ Por exemplo, no Brasil, art. 95 da Lei n.º 9.279/96 e no Reino Unido, art. 213 do Copyright, Designs and Patents Act 1988.

¹⁷ Importante ressaltar que trataremos apenas do direito de autor e não do direito autoral que engloba os direitos de autor e os direitos a eles conexos ou vizinhos.

¹⁸ “Independentemente do modelo conceitual adotado – tradicional ou atual – os direitos decorrentes da produção intelectual têm caráter imaterial e são essencialmente internacionais, cosmopolitas, como bem demonstrou Édouard Laboulaye, em trabalho precursor publicado em 1858, onde afirma que ‘uma de suas características principais é ser essencialmente internacional’.” in BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.19; BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007. p. 77-141.

¹⁹ No Brasil, as principais leis que normatizam a propriedade intelectual são: Lei n.º 9.610/98 – Lei de direitos autorais; Lei n.º 9.609/98 – Lei de software; Lei n.º 9279/96 – Lei da propriedade industrial; Lei n.º 9456/97 – Lei de proteção de cultivares; Lei n.º 10.973/04 – Lei de inovação.

²⁰ Dentre os tratados de propriedade intelectual que o Brasil faz parte estão: Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas; Convenção de Roma para a proteção dos artistas intérpretes e executantes; Convenção de Genebra para a proteção de produtores de fonogramas contra reproduções não autorizadas; Convenção da União de Paris para proteção da propriedade industrial; Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio – ADPIC (ou TRIPs, sigla em inglês); Tratado de Cooperação em matéria de patente (PCT, sigla em inglês).

²¹ Protocolo de harmonização de normas sobre propriedade intelectual no MERCOSUL em matéria de marcas, indicações de procedência e denominações de origem.

²² Regulamento (CE) n.º 1891/2004 da Comissão, de 21 de Outubro de 2004, que fixa as normas de execução do Regulamento (CE) n.º 1383/2003 do Conselho relativo à intervenção das autoridades aduaneiras em relação às mercadorias suspeitas de violarem certos direitos de propriedade intelectual e a medidas contra mercadorias que violem esses direitos; Regulamento (CE) n.º 1383/2003 do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativo à intervenção das autoridades aduaneiras em relação às mercadorias suspeitas de violarem certos direitos de propriedade intelectual e a medidas contra mercadorias que violem esses direitos; Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights; Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art; Directive

Outro motivo significativo para o estudo do direito de autor sob o aspecto internacional é a importância do direito da propriedade intelectual no desenvolvimento de tratados internacionais multilaterais com enfoque predominantemente jurídico. Ao contrário de tratados multilaterais que haviam sido celebrados até então, as primeiras convenções multilaterais sobre o tema da propriedade intelectual com o propósito de criar uma uniformização internacional – Convenção de Paris para proteção da propriedade industrial (1883) e Convenção de Berna para proteção de obras literárias e artísticas (1886) – possuem origem desvinculada de acordos de comércio²³. Isso se deve ao fato do movimento para proteção internacional ter sido iniciado pelos próprios inventores e artistas que buscavam proteção de suas criações dentro das fronteiras de países estrangeiros²⁴. A respeito da importância dessas convenções e do direito da propriedade intelectual no cenário internacional, assim fala Maristela Basso:

Os tratados que precederam às Convenções de Paris e Berna, de paz, união política, aliança, amizade, proteção, neutralidade, cessão de territórios, comércio, união aduaneira, uniões postais e telegráficas, troca de documentos oficiais, publicação de tratados internacionais, extradição, etc.,²⁵ tinham como objetivo a coordenação de metas e esforços comuns entre Estados, tendo em vista fins preponderantemente políticos, militares, econômicos, técnicos ou administrativos.

(...)

Essas Convenções têm um papel importantíssimo para o direito internacional (e aqui nos referimos ao direito internacional geral: o público e o privado) não apenas porque consagram a preponderância do elemento jurídico, mas também porque colocam os direitos dos indivíduos no seu centro propulsor, contribuindo decisivamente para o fortalecimento das convenções internacionais de direito privado.

As Convenções de Paris e de Berna representam um primeiro passo rumo à formação de um “direito internacional privado comum”. Os esforços feitos, até então, em outros campos do direito privado, visando à unificação ou à coordenação das legislações particulares (obrigações, falência, letras de câmbio, etc.), não obtiveram os resultados alcançados pelas Convenções relativas aos direitos de propriedade intelectual (trabalho este continuado pela OMPI e revigorado pela OMC-TRIPS).

As Convenções de Paris e de Berna não visavam apenas a resolver conflitos de leis, estabeleceram o “princípio da proteção mínima”, aceito pelos Estados unionistas, abaixo do qual nenhuma legislação poderia ficar. Esse, por si só, já é um resultado da mais alta importância.²⁶

2006/115/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property; Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission; Directive 96/9/EC of the European Parliament and the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases; European Parliament and Council Directive 98/84/EC of 20 November 1998 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional Access; Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs.

²³ BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global business regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 58-61. BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 159-161.

²⁴ BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Op. cit. cap. 7.

²⁵ [Nota do original]: Sobre o conteúdo destes acordos, vide George Bry, *Précis élémentaire de droit international public*, p. 429-467.

²⁶ BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107 e 109.

De fato, a propriedade intelectual possui um importantíssimo papel no cenário internacional e dele é inseparável. Não foram todos os países que passaram a tutelar os bens imateriais – ou a aumentar esse grau de proteção – através de um processo interno de desenvolvimento. Alguns deles passaram a tutelar a propriedade intelectual por questões de ordem internacional ligadas a outros interesses através de acordos do tipo “proteja a propriedade intelectual que te garantirei em outros aspectos (econômicos principalmente) de nosso relacionamento internacional”^{27,28}.

1.2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL

1.2.1. O Começo de tudo: Fase Local

Já na Antiguidade podemos dizer, com ressalvas, que o direito de autor encontra algumas raízes. Desde essa época se reconhecia a existência de um vínculo entre o autor e sua obra, o qual possuía contornos morais típicos do período. Não havia, contudo, qualquer reconhecimento jurídico como atualmente²⁹ e sim uma prática do autor de ceder seus escritos para um editor mediante uma remuneração³⁰. No caso dos escritores dramáticos, havia a prática desses venderem os escritos para as autoridades locais, as quais passavam a ser algo comparável de um titular de direito de autor de representação pública das obras³¹.

As invasões bárbaras que ajudaram a marcar o fim da Antiguidade criaram um período desfavorável para produções intelectuais, de modo que esse quadro se manteve no início da

²⁷ Ao falar do direito da propriedade intelectual em meio a globalização, Denis Borges Barbosa assim escreve: “O mais importante fato dos últimos anos, porém, foi realmente o movimento de uniformização de muitos sistemas nacionais de proteção, resultante especialmente da ação direta, diplomática e econômica, dos Estados Unidos.” In BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: a aplicação do acordo TRIPs*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 10.

²⁸ Essa, aliás, foi a arma mais eficaz, utilizada – até hoje – pelos Estados Unidos (vide item 1.2.3).

²⁹ “É comum encontrarmos, em representativa parte da literatura sobre direito de autor, a afirmação de que já no período do Império Romano seria possível detectar noções de direitos não patrimoniais do autor. Tal afirmação deve ser recebida com cuidado. O Direito Romano não reconheceu, em momento algum, proteção jurídica à obra intelectual. Isto quer então dizer, já de plano, que a menção a um *direito de autor não patrimonial* não é tecnicamente adequada. / O fato do sistema jurídico romano não ter reconhecido proteção *jurídica* (um *direito*) ao vínculo ideal do autor em relação a sua obra não significa, porém, que naquele período tal vínculo não tenha sido reconhecido. Este era sim reconhecido, apenas não como um fenômeno jurídico, mas antes como um fenômeno moral. A moral dos romanos, por sua vez, não era a mesma moral dos dias de hoje. Neste sentido, referir-se a uma proteção (moral) autoral no período do Império Romano pede não só que se esclareça o liame moral da sociedade romana, mas ainda que a expressão *proteção autoral* seja tomada destacada do conteúdo que hoje vinculamos a ela.” In GRAU-KUNTZ, Karin. *Direito de Autor – Um ensaio histórico*. Revista da EMARF. n. 12. Rio de Janeiro. 1999-. Irregular. No prelo.

³⁰ CAVALLI, Jean. *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*. Tradução para o espanhol de Juan David Castro García. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2006. p. 17-19.

³¹ *Ibid.* p. 18.

Idade Média.³² Durante esse período, concentravam-se nos mosteiros as poucas criações intelectuais que havia.³³ Lá seus autores não assinavam suas criações, fazendo com que a grande maioria das obras dessa época fossem anônimas.³⁴ Esse anonimato era fruto da crença que essas criações eram consideradas dons divinos dos quais não se poderia tirar proveitos materiais: os autores apenas atuavam como representantes da ordem religiosa a que pertenciam.³⁵ No decorrer do processo de desintegração da primeira fase da Idade Média,³⁶ “coube à Igreja, única instituição organizada em um período marcado por fragmentação social, assumir as tarefas de educação, de produção de livros, de traduções, compilações, comentários de obras etc.”³⁷

Já a segunda fase da Idade Média foi marcada pela reversão de forma lenta desse processo de desintegração, o que criou “condições para o desenvolvimento de uma cultura que espelhava uma nova forma de organização econômico-social”³⁸; de modo que nesse período o centro da produção cultural já havia trespassado os muros das igrejas.³⁹ Dentre as principais manifestações culturais estavam os *Minnesang*, poesias de amor cantadas pelo cavaleiro medieval, o *Minnesänger*.⁴⁰ Nesse período, com o desenvolvimento da escrita em vernáculo (antes, por conta do domínio da Igreja, era somente em latim), o crescimento das cidades e o aparecimento das universidades, foi se formando um ambiente mais propício para o desenvolvimento da escrita e do mercado de cópias.⁴¹ Com o advento do Renascimento e o desenrolar do Humanismo⁴² houve o desejo ainda maior de discussão de temas científicos e

³² Ibid. p. 19.

³³ Ibid. p. 19-20.

³⁴ Ibid. p. 19.

³⁵ CAVALLI, Jean. *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*. Tradução para o espanhol de Juan David Castro García. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2006. p. 19-20.

³⁶ “NORBERT ELIAS destaca ser importante observar “*que a Idade Média, no sentido mais limitado da palavra, não foi um período estático, a «floresta petrificada», que freqüentemente se julga ter sido*”, mas antes uma fase em contínuo movimento. Aquilo que se denomina hoje de *sistema feudal* foi o resultado de um longo processo que só emergiu com maior clareza no século XII. Este sistema foi inicialmente caracterizado pela falta de uma estrutura estável de poder que se estendesse por toda uma região, o que, por sua vez, gerou desintegração social. Essa desintegração vinha expressa na relação individual de dependência entre vassalo e senhor feudal, ou, em outras palavras, no círculo vicioso de “*distribuição de terra em troca de serviços e da subsequente apropriação da terra pelo vassalo*”. Ninguém conservava parcela de poder suficiente que permitisse exercitar qualquer ação efetiva. A segunda fase, ao contrário, foi marcada pela lenta reversão daquelas forças de desintegração.” In GRAU-KUNTZ, Karin. *Direito de Autor – Um ensaio histórico*. Revista da EMARF. n. 12. Rio de Janeiro. 1999- . Irregular. No prelo. p. 7.

³⁷ GRAU-KUNTZ, Karin. Op. cit. No prelo. p. 8 e nota de rodapé n. 24.

³⁸ Ibid. p. 8.

³⁹ Ibid. p. 8.

⁴⁰ Ibid. p. 8.

⁴¹ Ibid. p. 12-19.

⁴² “O Humanismo, um ‘produto’ do movimento iniciado pelo *intermezzo* do Renascimento, tinha a *comunicação* como um de seus motes. Os humanistas desejavam a discussão de temas científicos, ou até mesmo de temas políticos. As idéias deveriam ser difundidas.” In Ibid. p. 19.

políticos, de modo que “livros passaram, assim, a cumprir um papel cada vez mais importante”⁴³

Em meio a todo esse desenvolvimento foram criados os tipos móveis para prensa por Gutenberg que permitiram produção em escala dos livros em um mercado cuja demanda estava em crescimento.⁴⁴ A demanda pelas obras aumentou por diversos fatores⁴⁵ e desenvolveram-se, dessa forma, um número maior de editores para suprirem a demanda.⁴⁶

Iniciou-se, portanto, uma concorrência para a impressão dos livros.⁴⁷ Como a cópia era livre, começou a preocupação com a proteção do que tinha passado a ser um investimento para o editor do livro. A respeito disso, Erasmo de Rotterdam⁴⁸ teria dito que “*luego de que se publica una obra nueva, y de la cual uno espera que va a verdense bien alguien logra sacar un ejemplar del almacén de Froben; lo imprime y vede la obra más barata. En el entretanto Froben ha sufrido una pérdida de dinero con los costos de impresión y de corrección*”⁴⁹.

Foi depois desse período que o Estado absolutista passou a conceder os chamados *privilégios* para os editores, mas somente após a obra para qual se reivindicava a exclusividade passar pela aprovação de censores. Ganhavam os editores porque passaram a ter uma maior garantia de retorno de seus investimentos de produção; e ganhava o Estado que, além de usar a concessão de privilégios como meio de incentivo à economia, à cultura e à ciência, mantinha o controle de difusão da informação através da censura e acabava, também, por garantir a manutenção das corporações de ofício e do sistema econômico mercantilista.⁵⁰

Na Inglaterra, em 1403, os vendedores/copiadores de livros manuscritos e os iluminadores (desenhistas, decoradores de livros) se reuniram em uma corporação de ofício chamada *Guild of Stationers*.⁵¹ Em meados do século XVI, o comércio de livros manuscritos já havia sido substituído pelo de livros impressos e os editores já haviam se juntado à

⁴³ Ibid. p. 19.

⁴⁴ Ibid. p. 20.

⁴⁵ Ibid. p. 19-25.

⁴⁶ CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 20-21.

⁴⁷ Ibid. p. 21.

⁴⁸ Erasmo de Rotterdam, humanista renascentista e teólogo católico cristão, foi quem preparou importantes novas edições do Novo Testamento em grego e latim. Dentre suas principais obras está “Elogio da Loucura”. Erasmo era amigo de Johann Froben, famoso editor da Basileia, na Suíça, no fim do século XV e início do XVI. WIKIPÉDIA, The Free Encyclopedia. *Desiderius Erasmus*. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Erasmus#Works>> e *Johann Froben*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Johann_Froben> Acesso em 4 set. 2009.

⁴⁹ ROMBERG, Edouard (*Etudes sur la propriété artistique et littéraire*, Bruselas – Paris, 1892) apud CAVALLI, Jean. Op. Cit. p. 21.

⁵⁰ GRAU-KUNTZ, Karin. Op. cit. p. 21.

⁵¹ THE STATIONARIES’ AND NEWSPAPER MAKERS’ COMPANY. *The Hall & Heritage*. Disponível em: <<http://www.stationers.org/hall-heritage.php>> Acesso em 5 set. 2009.

corporação originando a *Stationaries' Company*.⁵² Em 1557 a *Stationaries' Company* recebeu uma *Royal Charter* – espécie de documento oficial expedido pela coroa e que confere direitos – conferindo-lhe privilégios de impressão em face de terceiros.⁵³ Em outras palavras, o sistema de privilégios servia para regulamentar o direito de cópia, de onde se originou o termo *copyright*.⁵⁴ A *Royal Charter* também dava poder para a companhia, juntamente com um oficial do governo, confiscar qualquer tipo de reprodução ilícita e impedir publicação de livros que não haviam sido autorizadas pela *Stationaries' Company*.⁵⁵ Isso durou oficialmente só até 1695, porém.⁵⁶

Em 1694 o sistema de privilégios foi abolido e a prática de contrafação dos livros se instalou no país; o que mobilizou os editores a fazerem reiterados pedidos ao Parlamento reivindicando a proteção.⁵⁷ Tais pedidos eram fundamentados em um direito de propriedade sobre as obras. Segundo eles, de acordo com a *commom law*, os autores possuíam direito de propriedade sobre suas obras; direito esse que possuía a mesma natureza do direito de propriedade sobre bens móveis e imóveis. Dessa forma, argumentavam, eles estavam apenas reivindicando a garantia do uso seguro desta propriedade.⁵⁸ Essa mobilização culminou a criação do *Copyright Act* de 10 de abril de 1710, mais conhecido como Estatuto da Rainha Ana⁵⁹, a primeira lei de direitos de autor da história; o que evidencia, portanto, o importante papel dos editores para a criação da proteção por direito de autor.⁶⁰ A atribuição do direito de autor começa, portanto, no âmbito nacional.

1.2.2. O Estabelecimento: Fase Internacional

Durante a segunda parte do século XIX houve uma proliferação dos regimes de propriedade intelectual no direito interno dos países da Europa.⁶¹ Nesse período prevalecia a

⁵² Ibid.

⁵³ In Ibid.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Disputas travadas entre membros da *Stationaries' Company*, ela própria possuía poder para dirimir. Ibid.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 61.

⁵⁸ Ibid. p. 61.; DEAZLEY, Ronan. (2008) *Commentary on the Statute of Anne 1710*. Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabeCom/%22uk_1710%22#_ednref2> Acesso em 01 out. 2009.

⁵⁹ Imagens do documento original podem ser encontradas em: ARTS & HUMANITIES RESEARCH COUNCIL. Primary Sources on Copyright (1450 - 1900). *Statute of Anne, London (1710)*. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/showThumb/%22uk_1710%22/start/%22yes%22> Acesso em 27 set. 2009.

⁶⁰ CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 61. DEAZLEY, Ronan. Op. cit.

⁶¹ BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Op. cit. p. 58.

proteção dos bens intelectuais dentro das divisas de cada Estado e sob seus próprios ordenamentos jurídicos.⁶² Havia, assim, uma dissipação livre desses bens no além-fronteiras dos países em que o bem adquiriu a proteção. No âmbito do direito de autor, copiar obras livremente sem qualquer tipo de autorização era uma prática de direito costumeiro do comércio internacional e moralmente respeitada⁶³.

Dessa forma, foi também no século XIX que os países começaram a considerar medidas de cooperação para o direito da propriedade intelectual.⁶⁴ Assim se deram os primeiros acordos acerca do tema. Esse foi um período que diversos países passaram a sentir necessidade de assegurar os interesses econômicos que envolviam os bens intelectuais e começaram a assinar acordos bilaterais para proteção dos mesmos.⁶⁵ Na Inglaterra essa necessidade decorreu do enorme sucesso que fazia sua literatura no exterior e que, pela falta de regulamentação, era copiada e impressa livremente em outros países.⁶⁶ Dessa forma, a Inglaterra instituiu dois *Acts* (um em 1838 e outro em 1844) a respeito da matéria, conferindo reciprocidade de proteção para países que protegessem as obras de origem inglesa.⁶⁷ Entretanto, até então, esse não era um interesse compartilhado por um grande número de países.⁶⁸

De acordo com Jean Cavalli, foi na Alemanha que surgiu a primeira normatização de direito internacional para proteção dos direitos de autor:

En el país de Gutenberg no es sorprendente constatar que la atención del legislador se orientó en primer lugar hacia el derecho exclusivo del autor de reproducir sus obras. La violación al derecho había puesto de relieve la importancia de garantizarlo. Además, el derecho de reproducción es la prerrogativa del autor más evidente de reglamentar. La legislación lo consagró, por lo tanto, en primer lugar, antes de tratar otras categorías de derechos. De todas maneras la característica más interesante de la evolución alemana dentro del marco de nuestro estudio es el fenómeno de la internacionalización y su temprana aparición. Ya en 1815 se sentía la necesidad de adoptar medidas comunes entre los Estados miembros de la Confederación Germánica. Las resoluciones que fueron tomadas por la Dieta⁶⁹ anticipaban, desde ya, el sistema que sería instaurado por el Convenio de Berna, basado en el principio del trato nacional y estableciendo un mínimo de protección. Se puede, por lo tanto ver en Alemania (compuesta por entonces de Estados independientes) el origen de un movimiento internacional de derecho de autor. Por supuesto, favorecido por una comunidad de cultura y lengua.⁷⁰

⁶² Ibid. p. 58.

⁶³ Ibid. p. 58.

⁶⁴ Ibid. p. 58.

⁶⁵ Ibid. p. 58.

⁶⁶ Ibid. p. 58-59.

⁶⁷ Ibid. p. 59.

⁶⁸ Ibid. p. 59.

⁶⁹ “Órgano esencial de la Confederación germánica compuesto por representantes de los treinta y nueve estados miembros, incluyendo Austria y Prusia.” CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 44. Nota de rodapé n.º 4.

⁷⁰ CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 46-47.

Ainda segundo esse autor, em matéria de direito de autor, outra convenção multilateral também nasceu como um tratado bilateral entre Áustria e Sardenha em maio de 1840.⁷¹ À época da celebração do tratado, nenhuma das duas nações possuía qualquer tipo de legislação interna a respeito de direito de autor. Portanto, o acordo regulamentava em detalhes o direito de autor, deixando para o direito local somente os critérios para sanção.⁷² Entre os signatários já houve, assim, uma uniformização em relação a esses direitos.⁷³ O tratado passou a ser multilateral quando outros Estados – que se situavam onde hoje é o território da Itália – como Modena, Parma, Estados Pontíficos passaram, ainda em 1840, a fazer parte do acordo.⁷⁴

A partir de 1840 até 1885, Jean Cavalli indica 84 tratados bilaterais que foram celebrados para proteção de direitos de autor, sendo o primeiro deles o citado tratado sardo-austríaco e, o último, o acordo assinado entre Colômbia e Espanha em novembro de 1885.⁷⁵ Ressalta ainda o autor que, com frequência, os tratados eram parte de acordos de comércio, principalmente os primeiros dessa lista. A maioria dos tratados tinha como pontos em comum as cláusulas de reciprocidade e da nação mais favorecida.⁷⁶ Uma curiosidade desta lista é que a França faz parte de 47 acordos bilaterais, ou seja, de mais da metade deles. Outra, é que os Estados Unidos, independente desde 1776 – e que hoje é o país que mais exige aumento do nível de proteção para os direitos de propriedade intelectual, não só no âmbito internacional, mas também dos direitos internos de países de todo o mundo – não se encontra na lista.

De fato, na França, através de um decreto de 28 de março de 1852, o Príncipe Luis Napoleão reconheceu proteção por direitos de autor aos autores estrangeiros sem a exigência de reciprocidade⁷⁷. Entretanto, a França só conferia direitos ao recebimento de *royalties* das obras protegidas aos estrangeiros nacionais de Estados com os quais havia acordo bilateral.⁷⁸ Assim, uma vez que as obras lá possuíam proteção, autores estrangeiros acabavam por introduzir suas criações nesse mercado; porém, na hora de receberem os *royalties*, somente

⁷¹ Esse tratado manteve vigência até 1890, ou seja, mesmo após a celebração da Convenção de Berna em 1886. Ibid., p. 88-90.

⁷² Ibid. p. 88-90.

⁷³ Ibid. p. 88-90.

⁷⁴ Ibid. p. 88-90.

⁷⁵ Ibid. p. 90-92.

⁷⁶ Ibid. p. 93-100.; BARBOSA, Roberto Garza. *Revisiting international copyright law*. Barry Law Review, Vol. 8, p. 43, Spring 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=987090>> Acesso em 01 set. 2009. p. 45.

⁷⁷ CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 59. ; BASSO, Maristela. Op. cit.; BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Op. cit. p. 58-59.

⁷⁸ BARBOSA, Roberto Garza. Op. cit. p. 46.

poderiam fazê-lo os nacionais de países com acordos bilaterais com a França.⁷⁹ Essa foi uma bem sucedida estratégia francesa para estimular a proliferação dos tratados bilaterais.⁸⁰

Já no caso dos Estados Unidos, após a inclusão da proteção aos autores de escritos em nível constitucional (1787)⁸¹, somente em 1790 instituíram sua primeira lei federal sobre o tema: o *Copyright Act*.⁸² Muitas outras leis se seguiram no sentido de aumentar o escopo de proteção, mas elas somente conferiam direitos sobre a obras criadas por cidadãos americanos ou pessoas domiciliadas nos Estados Unidos. Inclusive, o *Copyright Act* seguinte (1831) ainda mantinha essa regra e expressamente permitia a cópia de obras que não atendiam a essas condições.⁸³ Essa política de proteção foi encarada como encorajadora da pirataria de obras estrangeiras⁸⁴, principalmente em relação à Inglaterra pela facilidade da língua em comum⁸⁵, e prevaleceu por mais de cem anos: seu termo final se deu apenas em 1891, quando foi reconhecido direito de proteção também para estrangeiros.⁸⁶

Sob o aspecto internacional, já se contava com um grande número de acordos bilaterais tratando de direitos de autor. Dessa forma, também já havia uma diversidade na forma de proteção de cada Estado, a qual variava conforme os tratados que ele fazia parte. Diversos problemas começaram a se desenvolver daí. A cláusula da nação mais favorecida⁸⁷, frequentemente presente nos acordos, criava imensas dificuldades de interpretação. Como também era frequente que os acordos para proteção do direito de autor fossem parte de tratados de comércio, essa proteção ficava totalmente condicionada à sorte dos tratados

⁷⁹ Ibid. p. 46.

⁸⁰ Ibid. p. 46.

⁸¹ WALTERSCHEID, Edward C. *The nature of the intellectual property clause: a study in historical perspective*. New York: William S. Hein & Co., Inc., 2002. p. 76-113.

⁸² BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Op. cit. p. 59.

⁸³ CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 82.

⁸⁴ BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Op. cit. p. 59.; KHAN. B. Zorina. La piratería de derechos de autor y el desarrollo: evidencia de los Estados Unidos en el siglo XIX. (July 23, 2008). Revista de Economía Institucional, Vol. 10, No. 18, First Semester 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1171624>> Acesso em 01 set. 2009. p. 26.

⁸⁵ Há quem justifique que a manutenção dessa postura dos Estados Unidos frente à Inglaterra decorreu do fato da independência daquele, em 1776, ser ainda muito recente à época. In CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 82.

⁸⁶ Ibid. p. 80-82.

⁸⁷ De acordo com Sam Ricketson e Jane Ginsburg, “‘Most favoured nation’ clauses were also an ‘unhappy borrowing’ from general commercial treaties. Under such clauses, usually made as part of a tariff agreement, the contracting states promised to admit each other to the benefits that might be accorded to a third state under another treaty made by one of them with that state. In the context of a copyright convention between states A and B, the effect of such a clause was that if state A subsequently entered a convention with state C and this convention offered a higher level of protection to C’s authors than was provided under the earlier convention to authors of B, the latter could then claim for themselves in state A the more favourable treatment accorded to the authors of C. The effect of this clauses differed, as they might be operative generally, or be limited to particular rights or categories of subject matter. Nevertheless, as a practical matter, they made the operation of bilateral copyright conventions uncertain, as these might be abrogated, in whole or in part, by the terms of another convention to which one state was party.” In GINSBURG, Jane C.; RICKETSON, Sam. *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*. v. 1. 2. ed. Great Britain: Oxford University Press. p. 38-39.

comerciais.⁸⁸ A adoção da reciprocidade causou, de igual forma, algumas dificuldades em se saber qual o escopo de proteção em um determinado país, fazendo com que o intérprete devesse muitas vezes ter de se socorrer a diversas fontes para saber qual estatuto em vigência.⁸⁹ Apesar de grandes avanços em direção à proteção internacional, com objetivo de aumentar a segurança jurídica para exercício das relações pessoais e de comércio que envolviam a obra, surgiu uma necessidade de se buscar um mínimo de garantias para os direitos de autor em âmbito internacional.

Apesar de toda a crítica, os acordos bilaterais foram um importante passo para o desenvolvimento da proteção de direitos de autor no campo internacional. Nas palavras de John Braithwaite e Peter Drahos,

Bilateralism in intellectual property in the nineteenth century was important in that it contributed to the recognition that an international framework for the regulation of intellectual property had to be devised, and it suggested a content in terms of principles for that framework. But this bilateralism was a prelude. The main movement towards serious international cooperation on intellectual property arrived in the form of two multilateral pillars, the Paris Convention of 1883 and the Berne Convention of 1886.⁹⁰

De acordo com Jean Cavalli⁹¹, foi nesse espírito que se percebeu uma necessidade de uniformização dos direitos de autor e que começaram os congressos internacionais para discussão do tema. Antes mesmo de acontecer um movimento como esse para proteção dos direitos industriais (Exposição Universal de Viena em 1873), já haviam sido promovidos dois congressos internacionais para criação de um estatuto mínimo internacional em matéria de direito de autor, em Bruxelas (1858) e na Antuérpia (1861). Após, houve novo congresso na Antuérpia (1877).

Em 1878 o palco do encontro passou a ser Paris, durante a Exposição Internacional, com a promoção do Congresso Literário Internacional pela *Société des Gens de Lettres* (SGDL) e com a participação de grandes nomes como Honoré de Balzac e Victor Hugo. Nesse encontro foi fundada a Associação Literária Internacional que se tornaria em 1884 a ALAI – Associação Literária e Artística Internacional. Ainda durante a Exposição Internacional de Paris, o congresso literário foi seguido do Congresso Internacional da Propriedade Artística que se deu três meses depois. Este último congresso deu continuidade

⁸⁸ CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 101.

⁸⁹ Ibid. p. 100-103.

⁹⁰ BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Op. cit. p. 59.

⁹¹ As informações a seguir que não estiverem com suas fontes indicadas foram encontradas em CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 108-183.

aos trabalhos do anterior e estabeleceu, pela primeira vez, que deveria ser criada uma União de Estados para adoção de normas uniformes de proteção dos direitos de autor.

A Associação Literária Internacional seguiu com encontros anuais. Em um deles, o Congresso de Roma de 1882, foram tomadas medidas concretas para criação de uma União para proteger os direitos de autor ao se determinar que o tema passaria a ser discutido em reuniões a serem realizadas em Berna. O governo Suíço aceitou a atribuição de anfitrião e enviou uma circular para todos os governos de países “civilizados” (num total de 42), contendo, em parte, as seguintes palavras:

La protección de los derechos de los autores de obras literarias y de obras de arte (propiedad literaria y artística) tiende, con mayor frecuencia, a convertirse en objeto de los convenios internacionales. Se encuentra, en efecto, en la naturaleza de las cosas que la obra del genio humano, una vez que ha nacido, no esté limitada a un solo país y una sola nacionalidad; si ella tiene algún valor, no tardará en esparcirse en todos los países en formas que pueden má o menos variar, pero que dejan subsistir en su esencia y en sus principales manifestaciones el pensamiento creador. Es la razón por la cual, luego de que todos los Estados civilizados han reconocido e garantizado por sus legislaciones internas el derecho del escritor y del artista sobre su obra, la necesidad imperativa se ha mostrado de proteger también el derecho de las relaciones internacionales que todos los días se multiplican y crecen. Es a esta necesidad que nos esforzamos por responder, a través de numerosos convenios concluidos en los últimos años entre los principales Estados.⁹²

A próxima etapa no direito internacional foi então aberta pelas Convenções de Berna e Paris (esta última, no caso dos direitos de propriedade industrial), as quais influenciaram profundamente o direito internacional em matéria de direito da propriedade intelectual. No aspecto público pelo ato da elaboração das convenções multilaterais em si e, principalmente, pela criação dos Bureaux; no privado com a proposição dos padrões mínimos de proteção (*minimum standards*)⁹³.

Desse modo, ao estabelecer princípios de proteção mínima entre os países-membros, incentivaram uma espécie de uniformização dos direitos internos dos Estados-partes. A Convenção de Berna criou uma uniformização de normas de direito e não apenas de regras de comércio, de modo que grande parte do conteúdo normativo das normas internas desses países em matéria de direito de autor acabam por ter origem na Convenção de Berna. A respeito desse fenômeno, observa Roberto Garza Barbosa:

The principle of territoriality dictates that there is no such thing as an international copyright; this is one of the most important principles in copyright law. There is no single right that can be claimed throughout the world, nor any judgment rendered in one country which will automatically be effective in other countries. The protection that a work receives outside of its country of origin is derived from international treaties. The most important international

⁹² Boletim ALAI n.º 20 *apud* CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 193.

⁹³ BASSO, Maristela. Op. cit. p. 109-110.

copyright treaty is the Berne Convention, which includes definitions of protected subject matter and important principles such as national treatment, and establishes the minimum level of protection provided under treaty terms.⁹⁴

Outro importante aspecto da Convenção de Berna foi o fato dela ter sido elaborada com previsões de possíveis alterações e adaptações para aperfeiçoamento⁹⁵. Por conta disso, já passou por várias versões durante as revisões⁹⁶. Depois da Convenção de Berna, muitos outros tratados multilaterais foram assinados para proteção de direitos de autor e direitos a ele conexos (ou direitos vizinhos).⁹⁷

Os Estados Unidos não entraram na União de Berna desde o início. Na época em que a convenção foi assinada, os Estados Unidos só conferiam proteção por direito de autor para seus nacionais ou residentes. Esse quadro só começou a se alterar em 1891, quando pressões vindas de editores ingleses e norte-americanos forçaram o Congresso dos Estados Unidos a adotar o *International Copyright Protection Act*.⁹⁸ Assim mesmo, para adquirir proteção, os livros e outros materiais deveriam ser impressos em seu território⁹⁹ antes ou ao mesmo tempo que no país de origem e com tipografia própria¹⁰⁰. Tudo isso fez com que os Estados Unidos só aderissem à Convenção de Berna em 1988, mais de cem anos depois.¹⁰¹

Em 1952 foi criada a Convenção Universal do Direito de Autor, com o fim de inserir na proteção internacional países que não faziam parte da Convenção de Berna, principalmente os Estados Unidos.¹⁰²

Nas décadas de 1980 e 1990, diversos países desenvolvidos, dentre eles os Estados Unidos e membros da União Européia, já sentiam o peso da crescente competição no mercado internacional de produtos exportados por países em desenvolvimento (os chamados NIC's –

⁹⁴ BARBOSA, Roberto Garza. Op. cit. p. 44.

⁹⁵ CONVENÇÃO DE BERNA. Artigo 27. “1) A presente convenção será submetida a revisões a fim de nela introduzirem melhoramentos que possam aperfeiçoar o sistema da União. / 2) Para tal efeito, realizar-se-ão conferências, sucessivamente, num dos países da União, entre os delegados dos referidos países.” In INTERNACIONAL. *Convenção de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, Revista em Paris, a 24 de julho de 1971*. In SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Direito Autoral. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003. p. 181-229.

⁹⁶ BARBOSA, Roberto Garza. Op. cit. p. 47. WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. p. 5-6.

⁹⁷ Dentre eles estão a Convenção Universal do Direito de Autor, a Convenção de Roma para a proteção dos artistas intérpretes e executantes, a Convenção de Genebra para a proteção de produtores de fonogramas contra reproduções não autorizadas, a Convenção de Bruxelas para distribuição de sinais portadores de programas transmitidos por satélite, a Convenção da OMPI sobre o direito de autor, a Convenção da OMPI sobre interpretação ou execução e fonogramas e o TRIPS.

⁹⁸ BARBOSA, Roberto Garza. Op. cit. p. 46.

⁹⁹ Ibid. p. 46.

¹⁰⁰ KHAN. B. Zorina. La piratería de derechos de autor y el desarrollo: evidencia de los Estados Unidos en el siglo XIX. (July 23, 2008). Revista de Economía Institucional, Vol. 10, No. 18, First Semester 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1171624>> Acesso em 01 set. 2009. p. 26.

¹⁰¹ Ibid. p. 26.

¹⁰² BASSO, Maristela. Op. cit. p. 143.; BARBOSA, Roberto Garza. Op. cit. p. 47.

newly industrializing countries) da Ásia e da América Latina.¹⁰³ No âmbito do direito de autor, esses empresários também estavam perdendo muito com a produção e venda de contrafeitos contendo músicas e filmes; atitudes essas que tinham a condescendência dos governos de países em desenvolvimento por tolerância da prática ou por falta de coerção.¹⁰⁴

Dessa forma, a criação de regras uniformes passou também a ser do interesse de grandes empresários, o que levou países desenvolvidos, em especial os Estados Unidos, a buscarem a segurança que a uniformização poderia dar para a exploração dos bens intangíveis em nível transnacional¹⁰⁵. “No contexto dessas mudanças, destaca-se o *Trade Act*, de 1984¹⁰⁶, através do qual o ‘USTR – U.S. Trade Representative’s Office’ obteve maior autoridade nas disputas comerciais de propriedade intelectual e começou a atuar no mercado americano como uma espécie de alavanca para proteger esses direitos.”¹⁰⁷ A partir daí, os Estados Unidos consolidaram o unilateralismo ou bilateralismo americano¹⁰⁸, pois a *Section 301 (a)* desse *Trade Act* permitiu que seu presidente pudesse “eliminar práticas comerciais, injustificáveis e não razoáveis, através de retaliações ou restrições às importações para o mercado americano.”¹⁰⁹

De 1986 a 1993 ocorreu a mais difícil e importante rodada de negociações do já existente GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*, a Rodada do Uruguai, quando os direitos de propriedade intelectual foram incluídos pela primeira vez nesse fórum de discussões¹¹⁰. Durante o andamento da Rodada do Uruguai os Estados Unidos – que já buscavam aumento de proteção – publicaram a *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*, conhecida também como *Special 301*.¹¹¹ Através dessa nova norma o USTR passou a “investigar os países cuja conduta fere os interesses econômicos dos Estados Unidos”¹¹², ou seja, que não possuíam o que eles consideravam “adequada e efetiva proteção aos direitos de propriedade intelectual”¹¹³. Ainda de acordo com Maristela Basso,

¹⁰³ HOWSE, Robert; TREBILCOCK, Michael J. 3. ed. *The Regulation of International Trade*. Abingdon: Routledge, 2005. p. 397. BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: a aplicação do acordo TRIPs*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 10-12.

¹⁰⁴ HOWSE, Robert; TREBILCOCK, Michael J. Op. cit. p. 397.

¹⁰⁵ Muitos desses empresários atuavam no ramo do entretenimento e de fármacos. BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Op. cit. p. 61-63. BASSO, Maristela. Op. cit. p. 150-151.

¹⁰⁶ [Nota do original]: *Trade and Tariff Act of 1984*, Pub. L. No. 98-573, 98, Stat. 2948 (1984).

¹⁰⁷ BASSO, Maristela. Op. cit. p. 151.

¹⁰⁸ BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual na era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 18.

¹⁰⁹ BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 151.

¹¹⁰ HOWSE, Robert; TREBILCOCK, Michael J. Op. cit. p. 397. BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: a aplicação do acordo TRIPs*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 25.

¹¹¹ BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 152.

¹¹² Ibid. p. 152.

¹¹³ Ibid. p. 152.

Não há dúvida que o unilateralismo do “Special 301” levou, como acontece ainda hoje, muitos países a concordar com acordos internacionais e aceitar compromissos não cobiçados com vistas a evitar possíveis sanções americanas. Além do mais, grande parte da ajuda americana a países em desenvolvimento já vinha atrelada à proteção da propriedade intelectual. Em síntese, o unilateralismo/bilateralismo americano serviu para elevar o nível de proteção dos direitos de propriedade intelectual nos ordenamentos internos dos países em desenvolvimento.¹¹⁴

Depois disso, foi muito mais fácil para os Estados Unidos obterem sucesso no âmbito das negociações do GATT. Sobre o tema, Maristela Basso também diz que

O multilateralismo, que veio como resposta a atmosfera pouco democrática do bilateralismo e que sustentou e ainda mantém as negociações do TRIPS, tem por base a necessidade de coerência e maior democracia na estrutura global de proteção da propriedade intelectual, assim como a substituição dos imperativos econômicos do bilateralismo e da coerção, pelos ganhos trazidos pelo decréscimo da dependência e aumento do diálogo e da cooperação.¹¹⁵

E continua, sobre o conteúdo do TRIPS:

Independentemente dos tratados sob a administração da OMPI e da UNESCO, o TRIPS, incluído no GATT, poderia acrescentar o que faltava e estabelecer um mecanismo de consultas e fiscalização (vigilância) dos padrões mínimos internacionais exigidos, garantindo a observância desses “padrões” nos sistemas nacionais dos países-membros. A intenção não era desconsiderar os trabalhos da OMPI, mas somar-se a ela na tarefa de melhor proteger os direitos de propriedade intelectual, elevando o tema a outro foro, o GATT, isto é, vinculando-o ao comércio internacional.¹¹⁶

Desse modo, o direito da propriedade intelectual passou a integrar um dos anexos do acordo de criação da Organização Mundial do Comércio – OMC. O TRIPS (sigla em inglês para *trade-related aspects of intellectual property rights*) consta do “anexo 1C” o qual possui adesão obrigatória, ou seja, não pode ser objeto de reservas e, para que um país faça parte da OMC deve, obrigatoriamente, fazer parte do acordo TRIPS¹¹⁷. Assim, os Estados Unidos conseguiram utilizar a estratégia de *forum-shifting* em seu benefício, pois, ao inserir a propriedade intelectual também no contexto da OMC, conseguiram com que essa organização e a OMPI passassem a implementar esforços para atender os interesses dos Estados Unidos ao competirem entre si.¹¹⁸ Mas nem por isso a Convenção de Berna perdeu seu prestígio e hoje conta com 164 membros¹¹⁹. O próprio TRIPS incorpora expressamente inúmeros artigos da

¹¹⁴ BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual na era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 18.

¹¹⁵ Ibid. p. 19-20.

¹¹⁶ BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 155.

¹¹⁷ BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter Op. cit. p. 61-63.

¹¹⁸ BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Op. cit. p. 564.

¹¹⁹ Já a Convenção de Paris possui atualmente 173 membros, o que demonstra o sucesso de ambas as convenções. WIPO – WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *Berne Convention: contracting parties*. Disponível em:

Convenção de Berna (artigos 1 à 21, com exceção do 6 bis¹²⁰) exigindo seu cumprimento; e outros importantes tratados, como os de proteção aos direitos conexos e o tratado de Direito de Autor da OMPI, são suplementares a ela.

1.2.3. O Motivo da Análise sob o Ponto de Vista Internacional

De fato, a proteção da propriedade intelectual como um todo assume hoje uma imensa importância no cenário internacional. Por isso, não só fontes de direito internacional mas também os ordenamentos jurídicos internos de diversos países do mundo, em matéria de propriedade intelectual, acabam por sofrer grande influência do desenrolar desses direitos nesse cenário, principalmente em decorrência dos interesses de países desenvolvidos, em especial os Estados Unidos.

Sob o aspecto do direito de autor, para muitos países a proteção pelo direito interno só se tornou uma realidade após o surgimento do direito de autor no âmbito internacional¹²¹. Na Suíça, por exemplo, a maioria dos cantões mantiveram o sistema de privilégios por muito tempo, sendo poucos que já no fim do século XIX reconheciam o direito de autor.¹²² Assim, somente em 1883 que uma lei instituiu a proteção ao direito de autor na Suíça.¹²³ Mesmo assim, “*a adopción de la ley [...] no era propiamente el resultado de la voluntad de proteger a los autores, sino que constituía más bien una reacción contra la presión de los Estados extranjeros.*”¹²⁴

O mesmo aconteceu com o Haiti que adotou sua primeira lei autoral em outubro de 1885 visando a entrada na Convenção de Berna.¹²⁵ Já a Libéria e a Tunísia, sequer tinham legislação a respeito de direito de autor até assinarem a Convenção de Berna.¹²⁶

<http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15> Acesso em 20 ago. 2009 e *Paris Convention: contracting parties*. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2> Acesso em 20 ago. 2009. E o acordo que criou a OMC e que contém o TRIPs conta com 153 membros. WTO – WORLD TRADE ORGANIZATION. *Understanding the WTO: the organization members and observers*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm> Acesso em 30 set. 2009.

¹²⁰ INTERNACIONAL. TRIPs. “ARTIGO 9 - Relação com a Convenção de Berna. 1 - Os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 21 e no Apêndice da Convenção de Berna (1971). Não obstante, os Membros não terão direitos nem obrigações, neste Acordo, com relação aos direitos conferidos pelo art.6 ‘bis’ da citada Convenção, ou com relação aos direitos dela derivados.” Esse artigo 6 bis trata da proteção de direitos morais de autor. In BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: a aplicação do acordo TRIPs*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 158-209.

¹²¹ BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 19-27.

¹²² CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 78.

¹²³ Ibid. p. 78.

¹²⁴ Ibid. p. 78.

¹²⁵ Ibid. p. 64.

Também o ordenamento jurídico belga sofreu influência internacional no âmbito do direito de autor. A Bélgica só despertou para uma sistematização propriamente dita desse direito após a ocorrência de importantes congressos internacionais tratando do tema da propriedade intelectual que lá tiveram lugar a partir de 1858.¹²⁷ Até então, haviam somente algumas normas esparsas que não cobriam todo o território e abrangiam diferentes formas de proteção.¹²⁸ O momento de discussões para criação de normas de âmbito internacional influenciou tanto o direito interno da Bélgica e esse momento foi para isso tão propício que a lei belga foi instituída apenas seis meses antes da Convenção de Berna.¹²⁹

E o escopo de alcance da influência da propriedade intelectual no direito e nas relações internacionais ainda vai mais além. Outros temas que envolvem o palco mundial – notadamente de comércio – acabam por ter seus desfechos também de certa forma condicionados a atitudes que atendam aos interesses desses países. Essa importância do direito da propriedade intelectual é bem ilustrada pelas palavras de John Braithwaite e Peter Drahos:

Capitalist economies in the second half of the twentieth century, led by US, have progressively become information economies (Machlup 1962; Baumol, Blackman & Wolf 1991: Ch. 7). Drucker argues that the basic economic resource is now knowledge (Drucker 1993: 8). We prefer to say that capitalism's relentless commodity production is now expressed in the pursuit of abstract objects, the objects of intellectual property laws (Drahos 1996). The old capitalism was a capitalism of goods, factories and labour. These days factories and labour, even skilled labour, are in abundant supply. The new capitalism focuses on the control of abstract objects. What matters to a multinational corporation is a trademark which is globally recognized by consumers, a trademark that allows the corporation to set up shop in those states that offer the most favourable investment conditions, a trademark which the corporation can attach to anything it chooses to manufacture, a trademark that can be licensed. Similarly, if one can patent a genetically engineered cow that produces twice as much milk as an ordinary cow, one has an asset equal in value to all the dairy herds of all farmers. It is also a more liquid asset than all that milk, all those cows and farm labourers! The new capitalism centres on proprietorial control over algorithms, gens, formulae and other abstract objects. This is why it is difficult to overestimate the importance of intellectual property globalization to the foundations of a future world capitalism and its systems of regulation. This is why the US negotiating position for the Uruguay Round of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) was 'No intellectual property, no round.'¹³⁰

A tendência tem sido, cada vez mais, que acordos internacionais influenciem diretamente o conteúdo de proteção por direito de autor nos direitos internos de países de todo o mundo. Mesmo depois do TRIPs, os Estados Unidos continuaram com a política de

¹²⁶ Ibid. cap. 2.

¹²⁷ Ibid. p. 47-50.

¹²⁸ Ibid. p. 47-50.

¹²⁹ Ibid. p. 47-50.

¹³⁰ BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Op. cit. p. 56.

aumento dos padrões mínimos de proteção dos direitos de propriedade intelectual, impondo acordos bilaterais e regionais de livre comércio (conhecidos como FTAs – sigla em inglês de *free trade agreements*) e acordos bilaterais de investimentos (conhecidos como BITs, sigla em inglês de *bilateral investment treaties*) através de aplicações de sanções pelo *Special 301*.¹³¹ Essa estratégia dos Estados Unidos está sendo chamada de *novo bilateralismo*.¹³²

Através da imposição desses tratados os Estados Unidos conseguem ultrapassar as limitações impostas pelo TRIPs, extinguir os benefícios de flexibilidade que ele confere, além de criar novos focos de discussão e *forum shifting*.¹³³ Essas novas obrigações criadas fora do âmbito da OMC as quais se caracterizam como “políticas, estratégias, mecanismos e instrumentos que implicam compromissos que vão além daqueles patamares mínimos exigidos pelo Acordo TRIPs, que restringem ou anulam suas flexibilidades ou ainda fixam padrões ou disciplinam questões não abordadas pelo TRIPs”¹³⁴ são denominadas TRIPs-plus¹³⁵.

Ano passado foi criado um projeto de lei que estabelece regras especiais de condutas que poderão ser adotadas pelos Estados Unidos em relação aos países que estiverem na *USTR Priority Watch List*¹³⁶: o chamado *International Intellectual Property and Enforcement Act of 2008*.¹³⁷ O objetivo é que o USTR possa passar a tomar medidas específicas em relação aos países que se encontram na *Priority Watch List* por pelo menos um ano.¹³⁸ Assim, o USTR

¹³¹ BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual na era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 17-22.

¹³² *Ibid.* p. 17-22.

¹³³ *Ibid.* p. 21.; SELL, Susan K. *Cat and Mouse: Industries', States' and NGOs' forum-Shifting in the battle over intellectual property enforcement*. (September 1, 2009). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1466156>> Acesso em 24 out. 2009. p. 5.

¹³⁴ BASSO, Maristela. *Propriedade intelectual na era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 24-25.

¹³⁵ De acordo com Maristela Basso, o “termo ‘TRIPs-plus’ parece ter surgido no final dos anos 90. Não se sabe, com precisão, quem o teria empregado pela primeira vez, contudo, número expressivo de ONGs passaram a usar esse termo – simultaneamente – em seus estudos sobre os países em desenvolvimento. Da mesma forma, governos, especialistas em propriedade intelectual, organizações internacionais, analistas de mercado e a mídia em geral passaram a empregar essa expressão como uma realidade conhecida.” In *Ibid.* p. 24. nota de rodapé n. 15.

¹³⁶ Essa lista contém diversos níveis. O primeiro é a chamada *Priority Watch List*, onde se encontram os países considerados com nível inadequado de proteção, de medidas de sanção ou de acesso ao mercado para pessoas que vivem da proteção por direito da propriedade intelectual. Os países da *Priority Watch List* são os que os Estados Unidos tomam medidas mais intensas para negociações de acordos bilaterais. O segundo é a *Watch List*, onde se encontram países considerados com problemas em pontos específicos e com os quais também merecem ser travadas negociações de acordos bilaterais. Por fim está a *Section 306 Monitoring List*, onde se encontram os países com os quais os Estados Unidos já entraram em acordo considerado satisfatório e que serão monitorados para se saber se o acordo está sendo cumprido. OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE – USTR. *USTR Releases 2009 Special 301 Report*. Disponível em: <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2009/april/ustr-releases-2009-special-301-report>> Acesso em 01 out. 2009.

¹³⁷ LACEY, Simon B.C. *The international intellectual property and enforcement act of 2008: another shot across the bow for exporters from priority watch list countries*. (October 1, 2008) Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1277116>> Acesso em 29 set. 2009.

¹³⁸ *Ibid.*

poderá desenvolver um planejamento contendo padrões mínimos¹³⁹ de proteção para esses países e assisti-los para que alcancem esses padrões.¹⁴⁰ Caso o país não atinja os padrões estabelecidos pelo USTR, o presidente dos Estados Unidos poderá, dentre outras medidas, proibir renovação ou novos acordos com o país em questão¹⁴¹ e instruir os diretores executivos dos Estados Unidos em bancos de todo o mundo, inclusive o Banco Mundial, que vetem qualquer assistência financeira à projetos nessas localidades.¹⁴²

Se esse projeto tornar-se lei, diversos países ficarão mais sujeitos ainda a alterações no direito interno da propriedade intelectual devido a pressões externas. No relatório 2009 sobre o *Special 301* do USTR, doze países encontram-se na *Priority Watch List*. São eles China, Rússia, Argélia, Argentina, Canadá, Chile, Índia, Indonésia, Israel, Paquistão, Tailândia e Venezuela. O Brasil se encontra hoje na *Watch List* do relatório 2009 sobre o *Special 301* do USTR, posição considerada merecedora negociações de acordos bilaterais em relação ao que os Estados Unidos apontam como sendo problemas ligados ao direito da propriedade intelectual.¹⁴³ Entretanto, até 2006 o Brasil esteve na *Priority Watch List*. O Brasil passou em 2007 para a *Watch List* pelo fato do USTR entender, entre outras coisas, que o Brasil passou a progredir consideravelmente na repressão contra a contrafação autoral¹⁴⁴; em 2008 se manteve nessa posição pelo progresso contínuo no sentido de exigir o cumprimento de deveres

¹³⁹ Esses padrões devem estar enquadrados dentro do que os Estados Unidos consideram como “adequada e efetiva proteção de direitos da propriedade intelectual” e “justo e razoável acesso ao mercado” para que seus empresários possam manter a atuação ou entrar no mercado do país que se encontrar na *Priority Watch List*. Ibid. p. 4.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Essa medida não poderá ser tomada contra os países integrantes da OMC. Ibid. p. 4.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ O relatório 2009 sobre o *Special 301* da USTR com as listas pode ser encontrado em OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE – USTR. *USTR Releases 2009 Special 301 Report*. Disponível em: <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2009/april/ustr-releases-2009-special-301-report>> Acesso em 01 out. 2009.

¹⁴⁴ A conclusão desse relatório de 2007 em relação ao Brasil foi a seguinte: “Brazil will be lowered to the Watch List in 2007, following several years on the Priority Watch List. This decision recognizes Brazil’s considerable progress in enhancing copyright enforcement. Brazil’s National Anti-Piracy Council is increasingly recognized as a model of public-private collaboration in the area of IP enforcement. In addition, the Brazilian Government’s national action plan to address piracy and IP crimes has produced continuing positive results, particularly through effective police actions. While piracy and counterfeiting still exist at high levels and criminal prosecutions often lag police actions, Brazil merits recognition for its vigorous efforts. The United States looks forward to a continued healthy dialogue with Brazil on IP issues, including through the U.S. – Brazil Bilateral Consultative Mechanism and the U.S. – Brazil Commercial Dialogue. The United States hopes that these discussions can focus on areas where progress has been less robust than in the copyright field. While Brazil has begun to strengthen capacity for processing patents and reducing a longstanding backlog of patent applications, concrete progress has not yet been seen. The fact that the role of Brazil’s health regulatory agency in the patent approval process remains unclear is an important concern. The Brazilian Government has at times indicated consideration of the use of compulsory licensing on patented pharmaceutical products. The United States underscores the importance of Brazil engaging in open and transparent discussions with all relevant stakeholders in such cases, in the interest of reaching mutually satisfactory outcomes. The United States also encourages Brazil to strengthen protection against unfair commercial use for data generated to obtain marketing approval. The United States will conduct an Out-of-Cycle Review to evaluate the sustainability of the progress Brazil has achieved with respect to IPR enforcement, and to encourage additional progress in areas of outstanding concern.” In OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. *2007 Special 301 Report*. Disponível em: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/asset_upload_file230_11122.pdf> Acesso em 04 nov. 2009. p. 30.

relacionados aos direitos da propriedade intelectual¹⁴⁵. Assim, dependendo de como for conduzida a questão da proteção à propriedade intelectual no Brasil – e de como esteja o interesse dos Estados Unidos nessa questão em relação ao Brasil –, ele também poderá vir a sofrer novas pressões dos Estados Unidos através do *International Intellectual Property and Enforcement Act of 2008* e seus impactos.

1.3. O CONTRIBUTO MÍNIMO

Após essa breve contextualização do tema no âmbito internacional, nos voltamos para o tema do *contributo mínimo* em direito de autor. Falar de direito de autor é tratar de controvérsias. Quase nada em matéria de direito de autor é pacífico, inclusive – por mais incrível que possa parecer – o conteúdo de seu objeto e os critérios que devem ser preenchidos para que seja atribuída proteção.

Sim, o direito de autor protege a obra, ou faculdades sobre, ou direitos sobre ela, ou... Mas a obra está sempre presente e isso é um dos pontos indiscutíveis. Assim, seja a obra considerada um objeto mediato ou imediato do direito de autor, em quaisquer dessas circunstâncias, ela desempenha um papel importante no cenário desses direitos. E de uma lógica cartesiana vem a pergunta: o que é uma obra? Mas não há resposta cartesiana para isso no contexto jurídico.

Surpreendentemente as pesquisas feitas para esse trabalho indicam que esse ponto não é assim tão controverso simplesmente porque é pouquíssimo abordado. Desde os primórdios da proteção por direito de autor houve a atenção de se identificar qual a forma de proteção se reivindicava e para que¹⁴⁶; a atenção de se dizer se alguns países consideravam determinada criação uma obra ou não¹⁴⁷; não havia e ainda não há parâmetros para se dizer o que é obra.

¹⁴⁵ “Brazil will remain on the Watch List in 2008. The United States conducted an Out-of-Cycle Review in 2007, which resulted in Brazil being maintained on the Watch List in February 2008. This decision recognizes Brazil’s continued positive momentum on IPR enforcement that led to the decision to improve Brazil’s ranking from the Priority Watch List to the Watch List in the 2007 Special 301 review. The United States will continue to pursue bilateral dialogue on IPR enforcement and other IPR issues. In particular, the United States encourages Brazil to strengthen its IPR enforcement legislation, take more vigorous action to address book and Internet piracy, and consider acceding to and implementing the WIPO Internet Treaties. With regard to patent, trademark, and data protection matters, Brazil’s posture of hindering IP protection in these areas remains a matter of concern, although capacity improvements at the Brazilian Industrial Property Institute do hold the prospect of streamlined processing and a reduction in the patent and trademark application backlogs. The United States will continue to engage with Brazil bilaterally on these IPR protection and enforcement issues, including through the U.S.-Brazil Bilateral Consultative Mechanism and other means.” In OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. *2008 Special 301 Report*. Disponível em: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/asset_upload_file553_14869.pdf> Acesso em 04 nov. 2009. p. 38-39.

¹⁴⁶ Por exemplo, direito de reprodução de livros, direito de representação pública de obras dramáticas, etc.

¹⁴⁷ A fotografia, por exemplo, é uma forma de criação para a qual por muito tempo se questiona a possibilidade de sua proteção como obra (vide item 3.1.4). Entretanto, no mundo atual, com a grande multiplicidade de novas formas de expressão

Dessa forma, textos normativos de diversos países e de tratados internacionais adotaram o modelo usual de enumeração do que é obra protegida¹⁴⁸. Esse tem sido o meio de se identificar o que pode vir a ser protegido. Entretanto, esse modelo deixa, ao menos, duas lacunas evidentes em aberto:

- (i) O que fazer com criações novas que não estão na lista enumerativa? Precisamos de uma reforma no texto normativo para que elas possam adquirir proteção?
- (ii) Todas as criações constantes das listas enumerativas serão protegidas em quaisquer circunstâncias?¹⁴⁹

A primeira questão é a mais fácil de se responder. E esse é um dos pontos que pode até mesmo ser considerado como pacífico. Há o entendimento de que a lista enumerativa é exemplificativa, não taxativa¹⁵⁰. Desse modo, os casos envolvendo criações não constantes da lista são resolvidos, assim, por analogia.

Já a segunda questão nos leva a refletir a respeito da existência de possíveis requisitos para proteção. Como dito acima, só haverá patente se a invenção passar pelos critérios da novidade, da atividade inventiva e da aplicação industrial; só haverá marca se o signo for distintivo e observadas outras regras específicas do local da aquisição¹⁵¹; só haverá desenho industrial se a forma ou conjunto ornamental for original. E para que haja obra, o que é preciso? Basta que haja obra para que haja proteção por direito de autor ou outros requisitos devem ser preenchidos?

Decerto não há ainda respostas para todos esses questionamentos. Mas, mesmo assim, podemos depreender da análise da literatura jurídica e da jurisprudência que há uma espécie de *consciente coletivo*¹⁵² o qual julga que para determinadas obras sejam protegidas por

essa é uma questão que não pode ser deixada apenas para longas discussões. O direito de autor precisa estar pronto para o surgimento de cada vez mais novas formas de expressão e para isso, entendemos, deve haver uma série de requisitos que determine se determinada criação faz jus ou não à proteção autoral (vide capítulo 5) sob pena de deixarmos essas novas criações continuamente sob a espada da insegurança jurídica.

¹⁴⁸ Esse é o modelo adotado pela Convenção de Berna e, conseqüentemente, pelos países que fazem parte da União de Berna – vide capítulo 5.

¹⁴⁹ Nesse sentido: GINSBURG, Jane C.; RICKETSON, Sam. Op. cit. p. 404-406.

¹⁵⁰ “The expression ‘literary and artistic works’ must be taken as including all works capable of being protected. In order to illustrate this, paragraph (1) of Article 2 gives an enumeration of the works. The use of the words “such as” shows that the list is purely one of examples and not limitative: it is a matter of providing a number of guides for the national law-makers; in fact all the main categories of works are set out.” WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. p. 13. No mesmo sentido: GINSBURG, Jane C.; RICKETSON, Sam. Op. cit. p. 401.

¹⁵¹ No Brasil, por exemplo, as já citadas necessidades do signo ser visualmente perceptível e não ofensor de um rol taxativo de proibições legais. Nos Estados Unidos, se for marca estadual, precisa-se também utilizar o símbolo |; se for federal, é necessário o pedido de registro para que se passe a utilizar o símbolo \. UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE – USPTO. *Trademarks: general information and processing*. Disponível em: <<http://www.uspto.gov/main/faq/index.html>> Acesso em 11 out. 2009.

¹⁵² De acordo com o sociólogo francês Émile Durkheim “O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria; podemos chamá-lo de *consciência*

direito autoral é necessário haver “criatividade”, “originalidade”, “individualidade”, “esteticidade” e congêneres. E todos esses termos apontam para a necessidade da presença de *um algo a mais* em uma criação para que ela possa fazer jus a qualidade de *obra*, para que sobre ela possam incidir direitos de autor. Utilizamos essa expressão *consciente coletivo*, no mesmo sentido adotado por Durkheim ao falar da *consciência coletiva* ou *comum*: como um elemento que antecede a formação de um direito e que aponta para um direito em formação¹⁵³, um *ius in fieri*.¹⁵⁴

Então, da mesma forma que os requisitos novidade, atividade inventiva e aplicação industrial determinam *qual tipo de invenção pode ser protegida* (requisitos de proteção) e *o que é uma invenção patenteável* (objeto da proteção); pois só obtém patente a invenção que preenche os requisitos. Da mesma forma que o requisito distintividade determina *qual signo é protegido* (requisitos de proteção) e *o que é marca* (objeto da proteção); pois só é marca registrada e protegida pelo direito o signo que preenche os requisitos. Bem como do mesmo modo que o requisito originalidade determina *quais formas ou conjuntos ornamentais são protegidos* (requisitos de proteção) e *o que é um desenho industrial* (objeto da proteção); pois só é desenho industrial as formas ou conjuntos ornamentais que preenchem os requisitos. **Da mesma maneira, são os requisitos de proteção que dirão qual criação é protegida por direito de autor e o que é obra; pois só é obra a criação que preenche os requisitos. E, como se verá, é na “criatividade”, “originalidade”, “individualidade”, “esteticidade”, ou seja, no algo a mais que uma criação deve ter que se encontra a primeira pista para quais sejam os requisitos e, assim, para o que é obra.**

coletiva ou *comum*. Sem dúvida, ela não tem por substrato um órgão único; ela é, por definição, difusa em toda a extensão da sociedade, mas tem ainda assim, características específicas que fazem dela uma realidade distinta. De fato, ela é independente das condições particulares em que os indivíduos se encontram: eles passam, ela permanece. É a mesma no Norte e Sul, nas grandes e pequenas cidades, nas diferentes profissões. Do mesmo modo, ela ao muda a cada geração, mas liga umas às outras as gerações sucessivas. Ela é, pois, bem diferente das consciências particulares, conquanto só seja realizada nos indivíduos. Ela é o tipo psíquico da sociedade, tipo que tem suas propriedades, suas condições de existência, seu modo de desenvolvimento, do mesmo modo que os tipos individuais, muito embora de outra maneira.” In DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 50.

¹⁵³ “(...) Portanto, resumindo a análise que precede, podemos dizer que um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva. (...) Em outras palavras, não se deve dizer que um ato ofenda a consciência comum por ser criminoso, mas que é criminoso porque ofende a consciência comum. Não o reprovamos por ser um crime, mas é um crime porque o reprovamos. Quanto à natureza intrínseca desses sentimentos, é impossível especificá-la; eles têm os mais diversos objetos e não se poderia dar, deles, uma fórmula única. Não se pode dizer que eles se relacionam nem aos interesses vitais da sociedade, nem a um mínimo de justiça; todas essas definições são inadequadas. Mas, pelo simples fato de um sentimento, quaisquer que sejam sua origem e seu fim, se encontrar em todas as consciências com certo grau de força e precisão, todo ato que o ofende é um crime.” In *Ibid.* p. 51-52.

¹⁵⁴ Essa terminologia (*ius in fieri*) foi adotada pelo Desembargador Cláudio Vianna de Lima como sinônimo de “direito em formação” no I Seminário de Direito Internacional do IAB/RJ. In LIMA, Cláudio Vianna. *Arbitragem no direito comunitário do MERCOSUL*. I Seminário de Direito Internacional do IAB/RJ. 19 nov. 1998. Disponível em: <http://www.cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/Arbitragem%20no%20direito%20comunitario%20do%20mercosul%20-%20Por%20Cl%20E%20Vianna%20de%20Lima.pdf> Acesso em 28 nov. 2009. p. 9.

Esse *consciente coletivo* não está presente apenas entre os juristas. Também na sociedade como um todo é possível se captar esse tipo de percepção. No julgamento de pessoas a respeito do que é uma obra ou não, é possível notar uma coincidência dessa percepção. Quando alguém vai a um museu, espera lá encontrar *obras*, sendo freqüente o espanto de muitas pessoas em relação a algumas peças de exposições de arte contemporânea e de arte de vanguarda, porque, em geral, os indivíduos já possuem um preconceito, uma espécie de opinião formada, do que é obra de arte, por exemplo.

No âmbito jurídico esse “*algo a mais*” serve também para justificar a proteção por direito de autor e por isso a recorrência de termos que possam identificá-lo. Há muito que o direito de autor é visto como um instrumento de incentivo à cultura. Ronan Deazley afirma que o principal objetivo do Estatuto da Rainha Ana – primeira lei de direito de autor de todos os tempos – já era fomentar a cultura com a proliferação de obras.¹⁵⁵ O direito de autor é visto como instrumento de incentivo à cultura na forma da chamada “barganha cultural”: concede-se o direito de exclusivo temporário para estimular a criação de obras e, assim, o desenvolvimento cultural; vencido o prazo, o uso das criações passa a ser livre e a compor o domínio público.¹⁵⁶ Mas para receber o direito de exclusividade sobre o uso da criação (para que essa possa ser considerada *obra*) e para que, ao mesmo tempo, seja justificado o óbice da sociedade ao acesso e uso livre da obra durante o período de vigência da proteção, necessária a presença desse “*algo a mais*”, isto é, do *contributo mínimo*.

Esse raciocínio decorre da seguinte lógica: o uso de um bem imaterial (no caso a *obra*) é naturalmente livre; retirar da sociedade o uso livre desse bem sem que haja algum retorno em benefício da mesma é onerar desnecessariamente toda a sociedade em proveito de

¹⁵⁵ “Behind Parliament's endorsement of the new legislation lay a more immediate, novel and compelling rationale. This Act was not primarily concerned with securing the position of the booksellers, nor with guarding against their monopolistic control of the press, although it provided an opportunity for addressing both of these issues. Instead, this Act was primarily concerned with the continued production of books. Regardless of the fact that the booksellers might have made much of the rights and deserving nature of the author in their arguments for protection, Parliament focused upon the social contribution the author could make in the encouragement and advancement of learning. It made good sense to make some provision for writers, and inevitably booksellers, to ensure a continued production of intelligible literature. The central plank of the 1710 Act was then, and remains, a cultural *quid pro quo*. Parliament, to encourage “learned Men to compose and write useful Books”, provided a guaranteed, if finite, right to print and reprint those works so composed. The legislators were not concerned with the recognition of any pre-existing authorial right, nor were they solely interested in the regulation of the bookseller's market. Rather, they secured the continued production of useful books through the striking of a culturally significant societal bargain, a trade-off involving, not the bookseller and censorial state, but the author, the bookseller and the reading public. It was the free market of ideas, not the marketplace of the bookseller, which provided the central focus for the *Statute of Anne*.” DEAZLEY, Ronan. (2008) *Commentary on the Statute of Anne 1710*. Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabeCom/%22uk_1710%22#_ednref2> Acesso em 01 out. 2009.

¹⁵⁶ Sobre o tema vide BARBOSA, Denis Borges. *Domínio público e patrimônio cultural*. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 113-163. e LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. Tradução de CARDOSO, Rodolfo S. Filho; TOLEDO JR., Joaquim; ALZUGUIR, Isabela Vecchi; BANDARRA, Mariana; BOIDE, Alexandre. São Paulo: Editora Francis, 2005. 336 p. Disponível em: <http://tramauniversitario.uol.com.br/compartilhe/cultura_livre.jsp> Acesso em 13 out. 2005.

interesses meramente particulares. Na prática, quando uma obra está protegida por direito de autor, quem a quiser utilizar é obrigado a depender de autorização do autor (o qual geralmente não é facilmente identificado ou encontrado) e, muitas das vezes, pagar por essa utilização. Portanto, se não há o “*algo a mais*”, uma contribuição mínima por parte do criador da obra que possa retornar em favor da sociedade e justificar todo o período de uso controlado da obra, não haveria porque se conceder o direito de exclusivo ao autor. Caso contrário, a sociedade seria onerada duplamente, primeiro por não poder fazer uso livre de determinada obra e, segundo, por ter que pagar por ele; sem, no fim, ganhar nada com isso.

Há quem defenda que o direito de autor deve ser olhado sob a ótica da recompensa pelo trabalho. Há inclusive quem já o tenha classificado como a mais nobre das propriedades por conta disso¹⁵⁷. Reconhecemos o valor do trabalho, mas precisarmos ter em mente que não é essa a justificativa maior para que uma criação seja protegida e que não dá para se reivindicar direito de exclusivo para todas as expressões do trabalho intelectual, seja ela qual for. O direito de autor decorre de uma política de proteção; política essa, que como visto, tende a cada vez mais aumentar os padrões mínimos de proteção por conta de pressões externas. E o direito de autor não nasceu para proteger o fruto do trabalho, mas sim para fomentar a cultura. Inclusive, sob a perspectiva da análise econômica, o direito de autor possui essa função: o direito de exclusivo concedido ao autor e a consequente limitação do acesso da sociedade à obra justifica-se pelo incentivo à criação de novas obras; de modo que atingir o balanceamento entre o acesso e o incentivo é uma questão central do direito de autor.¹⁵⁸ E o contributo mínimo está no cerne deste balanceamento juntamente com o tempo de proteção e as ditas limitações.¹⁵⁹

Acontece que, ao conferir proteção à criação que contém um contributo mínimo, o direito de autor acaba por proteger também o trabalho intelectual criativo, ou seja, o trabalho

¹⁵⁷ Jean Cavalli aponta para discursos no Congresso Literário Internacional em Paris (1878) que sustentavam essa teoria: “(...) es evidente, en nuestra época, que toda propiedad descansa sobre el reconocimiento de los derechos del trabajador. Ese derecho exclusivo de un individuo sobre una fracción de la fortuna común de la humanidad se justifica, en relación con los bienes materiales, por el hecho de que ese hombre, o alguno de sus antepasados, transformó con el sudor de su frente, un pedazo de tierra en un terreno fértil y los materiales sin forma en construcciones útiles. Para retribuir ese servicio ofrecido a la humanidad, las convenciones sociales, desde los orígenes de la civilización, protegen al propietario. El es el único que puede servirse de su bien, disfrutar de él (...). El reconocimiento de la propiedad, la facultad de disponer de ella como se desee no es sino la consagración de un derecho natural que se origina en el trabajo.” E continua: “La consagración de los derechos que se derivan del trabajo material, el garantizar contra todo atentado a la propiedad, que no siempre cuenta con ese noble origen y que es algo que a veces se logra gracias a una ocupación violenta, un abuso de la fuerza mientras que la negación del derecho natural del trabajador creador del pensamiento, sería profesar la más suprema y las más ilógica de las injusticias.” In CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 142. notas de rodapé n. 27 e 28. O autor indica como fonte “SOCIÉTÉ DES GENS DE LETTRES DE FRANCE. Congrès littéraire international de Paris, 1878, Compte-rendus in extenso et documents, Paris, 1879.”

¹⁵⁸ LANDES, W. M.; POSNER, R. A.. *An economic analysis of copyright law*. In WITTMAN, Donald A. *Economic analysis of the law: selected readings*. Blackwell Publishers: Massachusetts, 2003. p. 83-96.

¹⁵⁹ Nesse mesmo sentido: CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006. 255 p.

intelectual que não é mera cópia e que entrará no agregado cultural. Somente sob esse aspecto podemos dizer sim que o direito de autor protege o trabalho e que autores de criações criativas terão um período para receber em forma de lucro o retorno por seu trabalho. Porém somente o trabalho intelectual criativo que preencha todos os requisitos para proteção autoral e que resulte em uma *obra*. Deve-se ter sempre em mente que o direito de autor “não existe para reprimir a imitação, mas para premiar a criatividade”¹⁶⁰.

Assim, cabe deixar claro desde já que não é objetivo do presente trabalho “retirar” a proteção por direito de autor das obras que assim se mostram protegidas e, igualmente, não tem como objetivo “dar” tal proteção as que não a possui. Acontece que, quando se coloca uma cerca para demarcar o local preciso da propriedade de um campo aberto – tirando-se aquela cerca que não condiz com as demarcações constantes do título de registro de imóveis, mesmo que costumeira –, pode acontecer de alguns trechos considerados até então como integrantes da propriedade fiquem de fora, da mesma forma que pode ocorrer de se cercar um importante espaço que estava por algum motivo esquecido.

Ocorre que, qualquer que seja o resultado, implique ele um uso exclusivo por parte do autor ou um uso livre por parte da sociedade, não se pode fechar os olhos para o requisito do contributo mínimo autoral sob pena de se chegar a uma resposta imprecisa e repleta de insegurança jurídica. Não é conveniente para um criador se ver surpreendido pelo fato de sua criação – que até então ele pensava ser protegida por direitos autorais e em relação a qual fez muitos investimentos – não ser mais considerada protegida de um momento para o outro, como acontece em alguns resultados de disputas judiciais. Da mesma forma, não é conveniente para a sociedade descobrir que era privada de um uso que na verdade deveria ser livre.

Além disso, importante ressaltar que a questão do contributo mínimo não é de exclusividade do direito de autor e sim uma questão do direito da propriedade intelectual como um todo. No caso das patentes, por exemplo, a contribuição mínima de criação é o **grau de inventividade** necessário que distingue entre as invenções que poderão ser protegidas por patente e as que não poderão: o requisito de *atividade inventiva*. Tanto a doutrina como a jurisprudência, nacionais e estrangeiras, apontam problemas em relação a esse contributo mínimo em patentes. Problemas esses que giram em torno da falta de identificação objetiva desse contributo mínimo; pois se sabe que a atividade inventiva é o contributo mínimo, mas

¹⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 52.

falta uma formulação precisa de critérios objetivos para se apontar se determinada patente possui ou não tal requisito¹⁶¹.

Também as marcas e os desenhos industriais apresentam esse problema; de modo que o **contributo mínimo das marcas é a *distintividade***¹⁶² e dos **desenhos industriais a *originalidade***¹⁶³. Essas questões também foram pouco exploradas pela literatura acadêmica e merecem a atenção de futuros trabalhos.

Esses, então, são alguns dos contributos mínimos como requisito de proteção por direito da propriedade intelectual. E o **contributo mínimo em direito de autor é o *mínimo grau criativo que determinada criação deve possuir para fazer jus a proteção por direito de autor.***

¹⁶¹ BARBOSA, Denis Borges. *Atividade inventiva: objetividade do exame*. Revista Criação. ano I. n. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008- . Semestral; MAIOR, Rodrigo de Azevedo Souto. *Atividade inventiva: uma análise dos critérios de aferição objetiva no direito de patentes brasileiro e estrangeiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica). Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

¹⁶² Partilha desse entendimento o Prof. Denis Borges Barbosa, que já o manifestou em aula proferida em 2008.

¹⁶³ BARBOSA, Denis Borges. *Do requisito de originalidade nos desenhos industriais*. Manuscrito.

2. A PROBLEMÁTICA DO CONTRIBUTO MÍNIMO

2.1. OS MUITOS PSEUDÔNIMOS DO CONTRIBUTO MÍNIMO

Contributo mínimo é o *mínimo grau criativo* que determinada criação deve possuir para que possa receber proteção por direito de autor. Como dito no capítulo anterior, há uma espécie de *consciente coletivo* que percebe que a criação deve trazer um “*algo a mais*” para receber a proteção e que aponta para um *direito em formação*, um *ius in fieri*. Entretanto esse consciente coletivo não deu apenas um nome para esse fenômeno. Há diversos, alguns até bastantes criativos.

Dentre as diversas palavras e termos que são usados para designar o contributo mínimo estão “*individualidade*”, “*criatividade*”, “*novidade*”, “*originalidade*”, “*criação*”, “*genialidade*”, “*arte*”, “*caráter estético*”, “*expressão do espírito do autor*”. É também muito comum utilizar expressões e palavras que derivam desses termos e palavras, tais como “*novidade originada do espírito*”, “*esteticidade*”, “*criação do espírito humano*”, “*alguma forma de criação*”, “*criação intelectual*”, “*capacidade criativa*”, “*originalidade expressiva*”, “*esforço da imaginação*”. Há quem use até mesmo o termo “*atividade inventiva*” emprestado do contributo mínimo em patentes. A mais popular de todas, principalmente em língua inglesa, é a “*originalidade*”. Pode-se perceber a diversidade de palavras e expressões nos exemplos abaixo.

José de Oliveira Ascensão, ao apontar a existência e necessidade de um requisito de contributo mínimo que avalie o grau criativo de uma obra e pondere quais as formas de expressão criativa merecem ou não proteção, assim fala:

Justamente porque é necessário que haja um **mínimo de criatividade**, não se pode prescindir de um juízo de valor. A proteção é a contrapartida de se ter contribuído para a vida cultural com algo que não estava até então ao alcance da comunidade. Terá de haver assim sempre critérios de valoração para determinar a fronteira entre a obra literária ou artística e a atividade não criativa. Porque a alternativa seria ter de se afirmar que é uma pintura tudo o que está envolto num caixilho e é apresentado como tal pelo autor – mesmo que se reduza a um risco no meio de uma tela.¹⁶⁴
(grifos nossos)

Também os tribunais brasileiros vêm indicando a presença de um mínimo grau criativo cuja presença é necessária para que haja proteção de uma obra artística ou literária por direito autoral. Em acórdão proferido em 2004, o Superior Tribunal de Justiça manteve a decisão do tribunal *a quo* cujo entendimento foi no sentido de que criações sem um mínimo

¹⁶⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 52.

de grau criativo não merecem proteção por direito autoral. Aqui há uma diversidade de termos, como pode se verificar¹⁶⁵:

“APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – COMPILAÇÃO - DIREITOS AUTORAIS – INEXISTÊNCIA DE CRIAÇÃO INTELECTUAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC

Mera compilação de canções destinadas a cancioneiros de serestas não merece a proteção do Direito Autoral se inexistem nela os **requisitos da originalidade e criatividade**, vez que mera pesquisa e seleção das músicas mais conhecidas dos seresteiros brasileiros não demandam qualquer **utilização do intelecto do compilador** se a escolha das canções advém de prévia estipulação de critérios restritos para tal mister, ausente se encontrando, assim, qualquer **novidade originada do seu espírito**, por mais valioso que seja o trabalho de prospecção das canções e inclusive de obtenção de autorização de todos os autores cujas obras foram aproveitadas, mormente se há muito já é bastante conhecida a técnica de amearhar músicas de mesmo estilo em livros específicos, inclusive com acompanhamento para instrumentos musicais. (...)

Afirmou o Tribunal que “não pode o apelante Alexandre Pimenta irrogar para si a idéia de se compilar em uma obra o repertório de cancionero de serestas, bem como invocar a utilização de **capacidade criativa** por meio de escolha de músicas cujo universo já se encontrava previamente delimitado, dúvida não havendo, assim, de que a forma de seleção e organização das canções na obra não decorreu de sua **atividade inventiva, de criação de seu espírito**, mas de simples, ainda que magistral, trabalho de cotejo das músicas destinadas a satisfazer as orientações daquele que requisitou seu trabalho” (fl.36).¹⁶⁶

(grifos nossos)

Pela utilização de diversas e variadas palavras e expressões nesse julgado, dá para se perceber claramente que o julgador sabia que deveria haver o tal “*algo a mais*” de criatividade, o contributo mínimo, mas que não sabia determiná-lo com precisão. No Brasil onde o tema não foi muito tratado até então é muito comum haver julgados como esse.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Cabe observar que no caso específico dessa decisão não há somente ação do chamado *consciente coletivo*, uma vez que, no caso da compilação, há previsão de observância do contributo mínimo na LDA (Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...] XIII - 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;) como na Convenção de Berna (Art. 2 – 5. As compilações de obras literárias ou artísticas, tais como enciclopédias e antologias, que, pela escolha ou disposição das matérias, constituem criações intelectuais, são como tais protegidas, sem prejuízo dos direitos dos autores sobre cada uma das obras que fazem parte dessas compilações.)

¹⁶⁶ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 604.956 – MG*. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Data do Julgamento 30.09.2004. Publicado em 22.10.2004. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=1462753&formato=PDF>> Acesso em 07 mai. 2009.

¹⁶⁷ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 655035 - PR*. Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Data do Julgamento 07.05.2007, Publicado em DJ 13.08.2007 p. 361. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=655884&sReg=200400513050&sData=20070813&formato=PDF> Acesso em 07 mai. 2009.; BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 69134 - SP*. Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro. Data do Julgamento 19.09.2000, Publicação DJ 30.10.2000 p. 159. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IMG&sequencial=71392&num_registro=199500329425&data=20001030&formato=PDF> Acesso em 07 mai. 2009.; BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 57449 - RJ*. Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do Julgamento 24.06.1997, Publicação DJ 08.09.1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400365870&dt_publicacao=08-09-1997&cod_tipo_documento=>> Acesso em 07 mai. 2009.; BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 351358 - DF*. Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Data do Julgamento 04.06.2002, Publicação DJ 16.09.2002 p. 192. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=107711&sReg=200101109466&sData=20020916&formato=PDF> Acesso em 07 mai. 2009.

Também podemos encontrar o contributo mínimo em decisões proferidas pelo já extinto Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA)¹⁶⁸. Em algumas de suas decisões, o CNDA utilizou o contributo mínimo como fator determinante para uma obra fazer ou não jus à proteção, como se pode verificar na decisão abaixo do então Conselheiro Manoel Joaquim Pereira dos Santos:

No entretanto, não nos parece possível atender à pretensão da Embrafilme de estabelecer um critério quantitativo para a caracterização do argumento, em contraposição à simples sinopse. O critério definitivo há que levar em conta apenas os requisitos de **originalidade expressiva**, ou seja, que o escrito seja original e revele esforço intelectual do autor, no que diz respeito à forma de criação intelectual do autor, e não às idéias ou ao conteúdo. Exigir um tamanho médio (30 a 50 páginas) para o escrito é, na nossa opinião, estabelecer um critério apriorístico não amparado na lei.¹⁶⁹
(grifos nossos)

O mais curioso de órgãos especializados, sejam eles administrativos ou judiciais, é ganho de qualidade técnica nas decisões. Essa expressão “*originalidade expressiva*”, dentre todas as outras, é a mais técnica, uma vez que deixa bem claro que a “originalidade” da criação deve ser na *sua forma de expressão*. Assim, é deixado bem claro que o direito de autor não protege a ideia de uma criação e sim a sua forma de expressão; e que o *contributo mínimo*, aqui chamado de *originalidade*, deve estar presente nessa forma de expressão e não na ideia.

¹⁶⁸ O Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA foi instituído pela LDA de 1973 e sua criação foi dada através do Decreto n.º 76.275/75. Foi desativado em 1990 e, em 1998, a então nova LDA revogou expressamente o dispositivo da lei anterior que tratava do CNDA sem o mesmo ter sido inserido no novo texto legal. / Durante o período de funcionamento o CNDA julgava processos administrativos relacionados a questões de direito de autor previstas em lei. BRASIL. *Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973: regula os direitos autorais e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5988.htm> Acesso em 07 mai. 2009.; BRASIL. *Decreto n.º 76.275, de 15 de setembro de 1975: organiza o Conselho Nacional de Direito Autoral e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=205513>> Acesso em 12 nov. 2009.; BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 124. / Segundo Carlos Alberto Bittar, o CNDA “Foi composto por especialistas na matéria, dividindo-se em Câmaras, em função do objeto, e atuando, como órgão colegiado, em grau de recurso e na análise de questões de maior alcance, inclusive quanto à função de normatização. / Integrava-se de 12 membros titulares, com notório conhecimento de Direito Autoral, sendo cinco escolhidos por indicação, pelas associações de titulares, através das Assembléias Gerais. Presidido por autoridades do setor, que designava o vice, dispunha, ainda, de seis conselheiros suplentes, todos por ele nomeados, com mandato de dois anos, facultada a recondução uma só vez. / Funcionava com três Câmaras e em sessão plenária, aquelas com a seguinte competência: a) a primeira julgava questões sobre obras intelectuais não-específicas das demais (ou seja, as obras protegidas em geral); b) a segunda cuidava de questões sobre música, interpretação, execução e produção de fonogramas e de videofonogramas; c) a terceira, sobre direitos conexos, exceto aqueles abrangidos pela segunda. Ao Colegiado cabiam matérias de caráter geral e assuntos previstos na regulamentação como de competência do CNDA (fiscalização, expedição de autorização para associações e outros).” In BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 124-125. Essa qualidade de órgão julgador administrativo rendeu diversas decisões bem específicas sobre matéria de direito de autor e, dentre elas estão, inclusive, algumas decisões que apontam para o contributo mínimo como requisito para proteção autoral.

¹⁶⁹ BRASIL. *Conselho Nacional de Direito Autoral. Deliberação n.º 23/83*. 1ª Câmara, Cons. Manoel Joaquim Pereira dos Santos. Data do Julgamento 08.04.1983. Publicação D.O.U. 03.05.83. In CONSELHO NACIONAL DE DIREITO AUTORAL. *Deliberações de 1982-1983*. Brasília: CNDA, 1984. p. 271-273.

Essa mesma expressão “*originalidade expressiva*” é utilizada em língua inglesa – “*original expression*” – em uma decisão paradigmática da Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁷⁰:

The primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but “to promote the Progress of Science and useful Arts.” Art.I, § 8, cl.8. Accord *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975). To this end, copyright assures authors the right to their **original** [p*350] **expression**, but encourages others to build freely upon the ideas and information conveyed by a work. Harper & Row, supra, at 556-557. This principle, known as the idea-expression or fact-expression dichotomy, applies to all works of authorship. As applied to a factual compilation, assuming the absence of **original written expression**, only the compiler’s selection and arrangement may be protected; the raw facts may be copied at will. This result is neither unfair nor unfortunate. It is the means by which copyrights advances the progress of science and art.¹⁷¹
(grifos nossos)

Outra expressão muito utilizada em língua inglesa é “*requisito de originalidade*” (“*originality requirement*”), que pode ser encontrado nesse trecho do guia sobre TRIPs da UNCTAD-ICTSD ao comentar sobre o caso *Feist*:

The **originality requirement** with respect to works based primarily on factual materials tends to incorporate an element of creativity. In *Feist Publ’ns v. Rural Tel. Serv. Co.*, the U.S. Supreme Court held that originality in the case of such works requires some modicum creativity.¹⁷²
(grifos nossos)

Não só no direito encontramos indícios dessa percepção do contributo mínimo. Essas palavras de Michel Schneider nos mostra com clareza que o *contributo mínimo* – aqui chamado de *originalidade* – também é tema de reflexão em obras não-jurídicas:

Se o plágio é admitido e, ao mesmo tempo, condenado, é porque se confundem origem e originalidade. Nós não saímos dessa contradição e continuamos a pedir ao texto literário que dê um testemunho de sua originalidade, sabendo, contudo, que **a originalidade absoluta não existe**. Face ao plágio, a única posição intelectual possível utiliza o mecanismo psíquico da retratação, tal como o formula Octave Mannoni: ‘Eu bem sei’ que não existe nenhuma originalidade, ‘mas, apesar disso’, tentarei ocupar-me dela para mim mesmo, e cultivá-la nos outros. O plágio, ponto de equilíbrio, sempre ameaçado de vertigem, **entre o estranho e o próprio é esse momento em que a citação se rebate na criação**, descrito de modo soberbo na fábula de Pierre Ménard, autor do Dom Quixote, em que Borges mostra **como o novo autor, se bem que copiando integralmente o texto anterior, fabrica um novo livro**, pois seu sentido fica inteiramente alterado pelo novo contexto em que se inscreve, principalmente cronológico. Opera-se, assim, uma curiosa inversão. **O texto original não é aquele que imita, mas o que é imitável. A originalidade é apreciada pelo que virá depois, não em relação a suas fontes.**¹⁷³
(grifos nossos)

¹⁷⁰ O conteúdo e os desdobramentos dessa decisão serão analisados no Capítulo 4.

¹⁷¹ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* Supreme Court of the United States. 499 U.S. 340 (1991).

¹⁷² UNCTAD-ICTSD. *Resource Book on TRIPs and Development*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 147.

¹⁷³ SCHNEIDER, Michel. *Ladrões de palavras: ensaio sobre o plágio, a psicanálise e o pensamento*. Campinas: Editora da UNICAMP, 1990. p. 137.

No presente estudo preferimos adotar a terminologia *contributo mínimo* por ser ela pouco empregada até então e, portanto, menos suscetível de confusão semântica com termos e expressões que podem designar institutos diversos do que o aqui sob análise. Essa terminologia foi adotada em primeiro lugar pelo Prof. Denis Borges Barbosa em reuniões do grupo de estudo de direito da propriedade intelectual da UERJ, o NEPI, em 2007 e não foi muito utilizada pelos juristas desde então. Dessa forma, adotamo-lo por entendermos que espelha bem seu conteúdo e pelo fato de que ao falarmos *contributo mínimo* não haverá dúvidas que estaremos nos referindo ao *mínimo grau criativo que uma criação deve possuir para adquirir proteção por direitos de autor*.

Até mesmo o termo “*originalidade*”, mais largamente adotado e que geralmente refere-se ao sentido que aqui pleiteamos, muitas vezes é adotado em sentido diverso e acaba por se confundir algumas vezes com o que mais tecnicamente chamamos de *novidade* em matéria autoral. Daniel Gervais assim comenta essa questão semântica envolvendo a palavra “*originality*” no caso *University of London Press, Ltd. v. University Tutorial Press, Ltd.*¹⁷⁴, do Reino Unido; comentário esse que retrata bem a confusão em torno desse termo:

We also suggest that the University of London Press case could be reopened to reflect the EU's concept of "intellectual creation." Arguably, the case hinges on the wrong notion of originality. Originality is a word with several meanings, including in copyright law. The expression "original work" may be used to describe a creative work, but also a work from which a derivative work is made. It can also refer to a work of which a copy is made.¹⁷⁵

The Webster's Dictionary actually defines originality in four ways: "the quality of being original"; "ability to think or express oneself in an independent and individual manner"; "creative ability," and "freshness or novelty of an idea."¹⁷⁶ Indeed, the vernacular meaning might be closer to "novel" than creative.¹⁷⁷ Hence the aphorism that originality is trying to be

¹⁷⁴ Univ. of London Press, Ltd. v. Univ. Tutorial Press, Ltd., [1916] 2 Ch. 601.

¹⁷⁵ [Nota do Original]: Examples in the U.S. Copyright Act include "original work of authorship" in the definition of "compilation" in 17 U.S.C. § 101 and in § 102; in a different sense when referring to commercial advertisements in § 111(c)(3); and in yet another sense when referring to a license up for renewal in § 114(j)(10). Interestingly, 1301(b) dealing with the protection of designs states that "A design is original if it is the result of the designer's creative endeavor that provides a distinguishable variation over prior work pertaining to similar articles which is more than merely trivial and has not been copied from another source." This definition would seem to contain various elements: creativity; distinguishable and not copied.

¹⁷⁶ [Nota do Original]: WEBSTER'S ENCYCLOPEDIA UNABRIDGED DICTIONARY OF THE ENGLISH LANGUAGE 1366 (1996).

¹⁷⁷ [Nota do Original]: John Stuart Mill wrote several pieces about originality. In them he uses the term original several times to mean "novel" or fresh, for example in his review of Bentham's philosophy. See John Stuart Mill, Bentham, LONDON & WESTMINSTER REV., Aug. 1838, revised in 1859 in DISSERTATIONS AND DISCUSSION, v. 1). In On Liberty, quoting Wilhelm Von Humboldt, he writes: "the end of man, or that which is prescribed by the eternal or immutable dictates of reason, and not suggested by vague and transient desires, is the highest and most harmonious development of his powers to a complete and consistent whole"; that, therefore, the object 'towards which every human being must ceaselessly direct his efforts, and on which especially those who design to influence their fellow-men must ever keep their eyes, is the individuality of power and development'; that for this there are two requisites, 'freedom, and a variety of situations'; and that from the union of these arise 'individual vigour and manifold diversity,' which combine themselves in 'originality. ...' originality is a valuable element in human affairs. There is always need of persons not only to discover new truths, and point out when what were once truths are true no longer, but also to commence new practices, and set the example of more enlightened conduct, and better taste and sense in human life." JOHN STUART MILL, ON LIBERTY, Ch. III (London: Longman, Roberts & Green, 4th ed. 1869) (emphasis added).

like everybody else – and failing. And to say of someone that she is "original" is not necessarily a compliment. But when referring to the protection of copyright works, it does not appear to be a stretch to equate originality with creativity. When used to mean simply that the work must originate from the author, originality is eviscerated of its core meaning. It becomes a synonym of "originated," and fails to reflect the ordinary sense of the word.¹⁷⁸

Dessa forma, cabe observar, que algumas vezes os termos “*novidade*” e “*individualidade*” são sim utilizados nesse sentido de *contributo mínimo*. Em sentido mais técnico, ambas as palavras designam diferentes institutos do direito de autor, porém.

2.2. PELA ORDEM! CONTRIBUTO MÍNIMO NÃO É NOVIDADE NEM INDIVIDUALIDADE!

Essa mistura de termos e expressões que querem expressar a presença do que aqui designamos *contributo mínimo autoral* causa confusão ainda maior pelo fato dos mesmos nem sempre possuírem tal sentido. Até mesmo dentro do estudo do direito de autor podemos identificar institutos diversos ao do *contributo mínimo* que muitas vezes apresentam essas designações (*novidade* e *individualidade*). Toda essa confusão tem origem no fato da falta de estudos mais aprofundados a respeito de todos esses temas, o que impediu com que já contássemos com uma consolidação desses institutos e de suas terminologias. Por isso, para termos certeza de que certo termo ou expressão trata realmente do instituto do *contributo mínimo* é necessário sempre considerarmos a semântica do mesmo no contexto ao qual está inserido.

Dentre tais institutos os mais importantes de serem aqui identificados e distinguidos são os da *novidade* e da *individualidade*. Ressalvamos, contudo, que ao distinguirmos esses institutos não estamos adotando um posicionamento consolidado e, logo, são facilmente encontradas posições em sentido diverso. Isso porque, como é muito comum utilizar os termos apresentados como sinônimos, geralmente doutrinadores e julgadores utilizam de um para explicar o outro, criando ainda maior confusão a respeito do sentido de cada um deles. Dessa forma, não é nossa pretensão dar aqui a palavra final a respeito do conteúdo desses institutos. Apresentamos sim, definições que entendemos condizer melhor com o que percebemos ser a pretensão da maioria dos entendimentos sobre o tema (de novo, o *consciente coletivo* de Durkheim).

¹⁷⁸ GERVAIS, Daniel J. *Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law*. 49 Journal of the Copyright Society of the U.S.A. (2002) Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=daniel_gervais> Acesso em 12 ago. 2009. p. 960-961.

Até porque não há o que se falar hoje em dia em “palavra final” em matéria de estudo do direito pois, como diz Bruno Lewicki,

Muito longe de uma “cristalização” ou de um “congelamento”, as idéias mais tradicionais do direito autoral – quais sejam, as noções de obra protegida, de originalidade e o próprio conceito de autor, dos quais depende a incidência da proteção legal – estão em constante mutação na sociedade, por mais que se queira imaginá-las numa “cabine compensada”.¹⁷⁹

Além disso, os institutos do direito devem ser vistos sob a ótica de suas respectivas funções e, ao falarmos de institutos de direito de autor relacionados com a produção criativa, devemos ter em mente que o imenso mar de nomenclaturas esconde também outros institutos além do *contributo mínimo*. Não há apenas uma forma de identificar a *criatividade* no direito de autor do mesmo modo que, mais uma vez nas palavras de Bruno Lewicki,

Vislumbra-se que por trás do conceito codificado de “propriedade” escondiam-se diferentes “propriedades”, e que o mesmo ocorria com os contratos. As subdivisões introduzidas no sistema – tais como os “contratos em espécie” – apenas acrescentavam um outro degrau de abstração, pois mesmo dentro destas “espécies” inúmeros “contratos” concretos, caracterizados por interesses distintos, podem ser celebrados.¹⁸⁰

Acontece que quando falamos dos institutos da propriedade e do contrato já há uma pré-concepção do que é cada um deles mesmo antes da análise de suas funções. Já no caso dos institutos sobre a criatividade do direito de autor, eles não se consolidaram nem mesmo nessa etapa prévia da funcionalização pois lhes falta até hoje a consistência quanto a seus conteúdos e das linhas que os separam.

E é isso que pretendemos aqui com a determinação do conteúdo desses diferentes institutos e ao longo de todo esse trabalho: propor uma forma de se entender esses institutos de modo a tornar mais claro seus conteúdos para que eles possam passar a desempenhar uma real função do ponto de vista prático que condiga com a atual estrutura do sistema do direito de autor na atual época. Exatamente por hoje o direito de autor estar cada vez mais sendo desafiado a apresentar soluções para proteção de novas formas de expressão (*corpus mysticum*) e de novas formas de mídia (*corpus mechanicum*) que entendemos ser ainda mais necessária maior consolidação dessas bases gerais do direito de autor para que se possa chegar a soluções mais claras.

¹⁷⁹ LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos do autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. Tese (Doutorado em Direito Civil). Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. p. 35.

¹⁸⁰ Ibid. p. 23.

2.2.1. Novidade

Conforme dito acima, o termo *novidade* em seu sentido mais técnico designa algo diverso do *contributo mínimo*. Novidade ocorre em uma criação quando esta se difere de todas as obras preexistentes, quando uma criação não é cópia de nenhuma obra preexistente. Ressaltamos, porém, que o conceito de novidade autoral é tão intrincado quanto o do contributo mínimo (se não fora ainda pior) e, de igual forma, por questões terminológicas e semiológicas é muito difícil de ser apontado claramente como palavra final no assunto. Por isso ressaltamos que o conceito aqui apresentado constitui nosso entendimento sobre o tema. A controvérsia que envolve o tema é bem ilustrada nas palavras de Benjamin Kaplan, citado por Edward Walterscheid:

Novelty would in all events be a poor criterion [for copyrightability]. If it is difficult, perhaps an illusory, measure in the field of mechanical improvements, how much harder would it be in literature or the other arts. Starting even with the bias of an extreme Romanticism, how does one determine what is “new”, or significantly or importantly new? And is it newness, a fresh departure from the past, that we want uniquely to encourage by law? In time a standard of novelty would have to be debased or distorted, else copyright as a system would lose all viability.¹⁸¹

Essa concepção de novidade que adotamos – novidade como requisito geral de que uma criação deve se diferenciar de obras anteriores – encontra certa correspondência no requisito de novidade em matéria de patentes, uma vez que ambos tratam do desenvolvimento de algo novo que não se encontra no estado da técnica¹⁸². Isto guardadas suas devidas características, de modo que a *novidade em patentes* refere-se às *invenções* preexistentes, enquanto a *novidade em direito de autor* refere-se às *obras* preexistentes.

Há quem diga que a novidade está presente no objeto inspirador da obra¹⁸³. Discordamos desse posicionamento por essa ser uma questão relacionada à *ideia de criação* e não à *forma de expressão*. Assim, aceitar esse posicionamento significa para nós apontar para a própria inutilidade do conceito de novidade no âmbito do direito de autor, uma vez que ela

¹⁸¹ KAPLAN, Benjamin (An unhurried view of copyright) apud WALTERSCHEID, Edward C. *The nature of the intellectual property clause: a study in historical perspective*. New York: William S. Hein & Co., Inc., 2002. p. 394. nota de rodapé n. 86.

¹⁸² BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007. p. 194-199.

¹⁸³ “But originality must never be confused with novelty; two artists, placing their easels on the same spot and each making a picture of the same landscape, each separately creates a work; the second painting is not novel, because the same subject has already been dealt with by the first painter, but it is original because it reflects the personality of its maker. Equally, two craftsmen carving the figure of an elephant in wood each creates an original work even though the two elephants are indistinguishable and there is no question of novelty. Of course the question of originality, when prescribed, is a matter for the courts.” In WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. p. 18.

se aplicaria somente fora do escopo de proteção, ou seja, às *ideias*, e, portanto, dentro da dicotomia *ideia-expressão* nada de relevante traria para o estudo desse direito, já que a proteção recai somente sobre a *expressão*¹⁸⁴.

Falaremos mais a respeito da novidade quando tratarmos dos requisitos para aquisição de proteção por direito de autor, no capítulo 5.

2.2.2. Individualidade

Também o termo *individualidade* designa algo diverso de *contributo mínimo*. *Individualidade* autoral pode ser entendida como o *estilo do autor*, o *traço do autor*, a “*marca*” do autor em suas obras, sua forma própria de criar. Mais uma vez, esse é um tema imensamente complexo, de modo que não há um consenso geral a respeito do conceito de *individualidade*.

Na doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos encontramos entendimentos no sentido de ser a *originalidade* (*originality*) – em uma acepção diversa da que aqui adotamos como *contributo mínimo* – um conceito extraído a partir do de *individualidade*.¹⁸⁵ Na jurisprudência francesa também encontramos algo parecido. De acordo com Agnes Maffre-Baugé, na França a concepção clássica de *originalidade* está vinculada a existência de “*marca da personalidade do autor*”¹⁸⁶, da *individualidade*. Aponta também Agnes Maffre-Baugé que a concepção moderna – tida como mais objetiva – é vinculada a existência da “*marca da*

¹⁸⁴ Encontramos no guia para o TRIPs da UNCTAD- ICTSD o mesmo entendimento ao dizer que “A simple example might be useful here. If an author writes a book describing a beautiful castle in Spain, it will not preclude a subsequent writer from writing a book about the same castle. The idea of writing a book about the castle is not protected by copyright. Only the expression of the idea is protected – that is, what the novel actually says about the castle. Further, what copyright offers is protection against *copying* of the expression, but not against a third party’s *independent creation* of similar expressions. Thus, if the second author writes the same things about the castle, perhaps even using the same words and phrases, the first author does not have a claim of copyright violation unless the second author copied his work. The task of distinguishing idea from expression may be relatively simple with regard to certain categories of works such as the book used in this example. However, with regard to more functional works such as computer programs, distinguishing the ‘idea’ from the ‘expression’ can be quite complex. In most countries, application of the idea/expression dichotomy is the task of the judiciary which makes the determination on a case by case basis.” In UNCTAD-ICTSD. Op. cit. p. 140. nota de rodapé n. 16.

¹⁸⁵ Vide nota de rodapé n.º 183 (elephants). Vide ainda ESTADOS UNIDOS. *Supreme Court. Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/188/239/case.html>> Acesso em 17 nov. 2008; GINSBURG, Jane C. *Creation and commercial value: copyright protection of works of information*. 90 Colum. L. Rev. 1865 (1990) Disponível em: <<http://www.heinonline.org/HOL/PDFsearchable?handle=hein.journals/clr90&collection=journals&id=1879&print=74§ioncount=1&ext=.pdf>> Acesso em 6 ago. 2009. 75 p; ZIMMERMAN, Diane Leenheer. *The Story of Bleistein v. Donaldson Lithographing Company: originality as a vehicle for copyright inclusivity*. In DREYFUSS, Rochelle Cooper; GINSBURG, Jane C. *Intellectual Property Stories*. New York: Foundation Press, 2006. p. 77-108.

¹⁸⁶ “L’oeuvre originale, dit-on classiquement, est celle qui révèle la personnalité de l’auteur. En clair, pour que l’oeuvre soit protégeable, il faut que l’on y retrouve un peu de la personne de l’auteur.” In MAFFRE-BAUGÉ, Agnes. *Protection : sur la condition d’originalité*. In VIVANT, Michel (Org.). *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*. Paris: Éditions Dalloz, 2004. p. 119.

contribuição intelectual do autor”¹⁸⁷, ou seja, mais próxima do conceito de *contributo mínimo* do que o de *individualidade*.

A partir da concepção que aqui adotamos para o termo *individualidade* apenas com o objetivo de diferenciá-la como instituto diverso do *contributo mínimo* (e reconhecendo que o tema merece trabalho mais aprofundado no futuro) apontamos para o seguinte: o *contributo mínimo* é qualidade da obra e a *individualidade* é qualidade do autor. Logo, não há como se falar de presença de *individualidade* em uma obra, posto que a *individualidade* é somente de seu criador. O que causa confusão é o fato da *individualidade* do criador poder, muitas vezes, ser identificadas, por especialistas, na obra; mas isso não significa que a *individualidade* passou a ser da obra e sim que na obra está estampada o traço (*individualidade*) do seu autor. É preciso nos voltarmos para o autor para identificarmos a *individualidade*, não é possível identificá-la, de forma dissociada, somente na obra.¹⁸⁸ Podemos extrair das palavras de Ascensão esse mesmo entendimento:

Tradicionalmente, exige-se a individualidade ou personalidade como requisito da obra. **Quer-se significar que, sendo a obra uma criação personalizada, em toda a obra há-de estar impressa a marca do seu autor.** Por isso reconhecemos numa pintura o dedo de Dürer, a garra de Stravinski, e assim por diante.

(...) **concordamos que a busca da individualidade atinge um patamar mínimo.** Parece-nos de fato impossível condicionar a tutela à verificação da marca da personalidade de determinado autor, impressa numa ‘obra’. A cultura de consumo leva a que a personificação seja mínima em grande número de casos.

Mas fica sempre a exigência de que haja uma criação. Essa é imposta por lei e marca a diferença. Se se não exige que se reconheça uma personalidade, exige-se que reconheça, positivamente, que há um mínimo de criação. Um novo elemento que não constava do quadro de referências objetivas da comunidade, não se apresentava como óbvio nem se reduz a uma aplicação unívoca de critérios preestabelecidos, foi introduzido por um ato criativo. Este é o fundamento de atribuição do Direito de Autor.¹⁸⁹

(grifos nossos)

2.3. O MÉRITO E O CONTRIBUTO MÍNIMO

A questão da necessidade de avaliação do mérito de uma criação como requisito para que essa passe a ser objeto de proteção por direito de autor também é um tema muito complexo. José de Oliveira Ascensão nos informa que

¹⁸⁷ "Quant au contenu de la définition retenue, il traduit une très nette objectivation de l'originalité. Cette interprétation, qui résulte de l'emploi du terme 'apport', est confirmée par la lecture du rapport du Condeiller Jonquères, pour lequel 'à des degrés divers, l'originalité est la synthèse de la nouveauté et de l'esprit inventif du créateur', car les 'artistes, auteurs ou inventeurs (les créateurs) sont tous des novateurs' (rapport préc., n.º 55)." In Ibid. p. 122.

¹⁸⁸ O conceito de individualidade autoral nos leva até a teoria crítica do direito civil de que a análise do objeto de um direito não pode ser procedida de forma cindida do sujeito da relação. Essa teoria é abordada por Luiz Edson Fachin em Teoria crítica do direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. e será abordada com mais profundidade no capítulo 6 ao tratarmos do conceito de obra.

¹⁸⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 52.

A dispensa do requisito do mérito foi realizada pela lei francesa, mas a lei italiana toma posição mais prudente, à luz da qual se conclui que a obra deve “ter sempre algum mérito, mesmo que modesto”¹⁹⁰.

A exclusão da valoração de mérito suscita, mesmo em França, grandes problemas. Caroline Carreau demonstra que esse juízo intervém afinal de forma inelutável. As sentenças acabam por o exigir, mais ou menos abertamente. É critério indispensável na obra de colaboração e estaria implícito na exigência da originalidade^{191 192}.

De fato, Caroline Carreau diz que o mérito pode ser entendido como “*tout jugement sur la valeur ou la qualité des oeuvres de l'esprit*”¹⁹³. Quanto a originalidade, a autora diz que essa apresenta mais de uma definição: uma estrita a qual corresponde a uma exigência pura e simples de uma criação intelectual e uma ampla que abarca o mérito.¹⁹⁴

Já Ascensão apresenta mais de um significado para “mérito”. O primeiro seria o de caráter estético, de uma apreciação estética, e seria esse um significado mais genérico.¹⁹⁵ O segundo decorreria de uma análise do ponto de vista técnico e da possibilidade de se conceber o mérito como requisito. Sobre essa segunda acepção assim comenta o autor:

No ponto de vista técnico, há que conciliar a exigência de caráter criativo com a exclusão do mérito.

Essa conciliação faz-se mediante a determinação dum ponto de equilíbrio. É impossível um juízo de mérito que represente uma apreciação estética ou literária da obra. Os juristas não têm nenhuma superioridade em relação aos outros quando se trata de determinar quais são as obras que valem e que não valem. Posso considerar Drummond de Andrade um zero como poeta que nem por isso deixa de ter produzido obras literárias. Tal como o é a monografia que se entenda errada da primeira à última página.

Mas por outro lado, a obra é essencialmente uma criação. E se só há criação quando se sai do que está ao alcance de toda a gente para chegar a algo de novo, a obra há-de ter sempre aquele mérito que é inerente à criação, embora não tenha mais nenhum: o mérito de trazer algo que não é meramente banal.¹⁹⁶

(grifos nossos)

Observamos aqui, portanto, que o que Ascensão chama de “mérito como requisito” corresponde exatamente à nossa concepção de contributo mínimo. Por isso escolhemos uma nomenclatura diferente, porque esse é o requisito: um mínimo de criatividade.

¹⁹⁰ [Nota do Original]: De Sanctis, *Autore (diritto di)*, pág. 383.

¹⁹¹ [Nota do Original]: *Mérite*, 29, 233, 276, 317, 323-324 e *passim*.

¹⁹² ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 58.

¹⁹³ Tradução livre : “todo julgamento sobre o valor ou qualidade das obras do espírito”. CARREAU, Caroline. *Mérite et droit d'auteur*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1981. p. 35.

¹⁹⁴ Ibid. p. 317-318 e 327-328.

¹⁹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 58-59. “

¹⁹⁶ Ibid. p. 59-60.

2.4. CONTRIBUTO MÍNIMO É A PULSEIRINHA V.I.P.: OS QUE TÊM ENTRAM, OS QUE NÃO TÊM FICAM DE FORA

E não adianta querer dar carteirada. Sem *contributo mínimo* não há como uma criação adquirir proteção por direito de autor pois, dentre outras funções, ele se mostra, principalmente, (i) como um dos requisitos para aquisição de direitos de autor; (ii) como um elemento-chave na definição do que é *obra*; (iii) como elemento presente no próprio balanceamento justificador – entre o exclusivo autoral e o acesso à cultura – do direito de autor. Abaixo, trazemos três exemplos que ilustram bem cada um desses aspectos:

A primeira função que apontamos para o *contributo mínimo* é de *requisito para aquisição de direitos de autor*. No capítulo 4 indicamos inúmeras decisões dos tribunais superiores brasileiros que reconhecem esse aspecto do *contributo mínimo*. Por ora, trazemos como exemplo uma curiosa citação: até mesmo no Tribunal de Contas da União (TCU) encontramos uma decisão que abordou essa questão.

Pela execução dos serviços acima relacionados, que incluiu a digitalização de cerca de 3500 imagens, a empresa Opensoft cobrou R\$ 15.800,00, o que também evidencia a inadequação dos preços praticados pela agência de publicidade (R\$ 4.547,40 por doze imagens) para os serviços de reprodução digital dos selos utilizados no calendário.

Sobre a cobrança de direitos autorais sobre as reproduções, a Lei 9.610/98, no seu art. 7º, XI, trata da proteção das obras intelectuais, dentre elas as fotográficas:

“Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

... VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

...”

O texto legal deixa bem claro o objeto de sua proteção: as obras intelectuais, isto é, as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, seja tangível ou intangível. Sobre os elementos que permitem caracterizar uma obra intelectual reproduzimos o esclarecedor texto disponibilizado pela Fundação Biblioteca Nacional:

“A doutrina do direito autoral qualifica como obra intelectual toda aquela criação intelectual que é resultante de uma criação do espírito humano (leia-se intelecto), revestindo-se de originalidade, inventividade e caráter único e plasmada sobre um suporte material qualquer.

Como disse Henry Jessen: ‘A originalidade é condição *sine qua non* para o reconhecimento da obra como produto da inteligência criadora. Só a criação permite produzir com originalidade. Não importa o tamanho, a extensão, a duração da obra. Poderá ser, indiferentemente, grande ou pequena; suas dimensões no tempo ou no espaço serão de nenhuma importância.

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 do criador não há originalidade, não há obra, e, por conseguinte, não há proteção’. (3)

Não é, portanto, toda e qualquer fotografia produzida por um fotógrafo passível de proteção, mas somente aquelas que possuam o requisito da originalidade, que sejam produto da inteligência criadora. Esse é o entendimento compartilhado, inclusive, pela Associação Brasileira dos Fotógrafos de Publicidade - Abrafoto:

“1 - A obra fotográfica é, como qualquer outra obra da criação intelectual de alguém, protegida pelo Direito de Autor, desde que tenha um mínimo de criatividade e originalidade.”

A obra artística, objeto de proteção não se confunde com a simples reprodução, atividade destituída de qualquer criação ou originalidade, definida pelo no art. 5º, VI da Lei 9.610/98:

(...)

Consideramos, portanto, que os argumentos trazidos pela ECT e pela agência não conseguiram afastar a irregularidade, razão pela qual reiteramos entendimento anterior no qual se constatou que o pagamento pela reprodução fotográfica dos selos e dos direitos referentes a sua reprodução por tempo indeterminado no calendário e em outras peças publicitárias onerou o serviço em R\$ 4.686,57.¹⁹⁷
(grifos nossos)

A segunda função que apontamos para o contributo mínimo é de elemento-chave na definição do que é obra. Esse aspecto também foi destacado na decisão (acima) do TCU ao citar a Fundação Biblioteca Nacional e Henry Jessen. Mesmo assim, usamos como mais um exemplo as palavras de Antônio Chaves:

Merecerá a qualificação de "obra" toda e qualquer combinação de palavras ou de sons, qualquer emaranhado de linhas ou apresentação de materiais sólidos?

Parece, à primeira vista, que, para evitar arbítrios de uma avaliação subjetiva, qualquer "obra" deveria ser amparada, independentemente de seus méritos.

Mas a lei não pode proteger trivialidades: conversas de desocupados, recados a um serviçal, gritos de um feirante, garranchos dos exercícios de uma criança.

Ainda que não se exija um valor intrínseco — quantas criações mediócras não alcançam amplo sucesso —, pede-se ao menos que manifestem ou reflitam um certo cunho de personalidade, que tenham vida própria, que revelem, enfim, alguma *originalidade*. A partir daí é que se poderá dizer que a lei protege todas as obras, sejam quais forem seu gênero, forma de expressão, merecimento e destino.^{198 199}

(grifos nossos)

Por fim, a terceira função que apontamos para o contributo mínimo é de elemento presente no cerne do balanceamento central do direito de autor – entre a proteção do exclusivo autoral e o acesso livre às obras –; ou seja, elemento da própria justificação do direito de autor. Esse aspecto é destacado por um estudo da Comissão das Comunidades Europeias o qual diz que

The notion of originality is one of the key concepts in copyright law and **forms part of the underlying justification for the statutory system of copyright protection for authors**. Originality corresponds to the independent creativity of the author as reflected in his or her literary or artistic creation.²⁰⁰
(grifos nossos)

¹⁹⁷ BRASIL. *Tribunal de Contas da União. Processo n.º 015.938/2005-4*. Min. Ubiratan Aguiar. Data do Julgamento: 20.02.2008. Publicação em DOU 22.02.2008. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=2&dpp=20&p=0>> Acesso em 18 jun. 2009.

¹⁹⁸ CHAVES, Antônio. *Direito do autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 172.

¹⁹⁹ Percebemos nas palavras de Antônio Chaves a já destacada confusão terminológica. Por isso, percebemos que o jurista se refere mesmo ao contributo mínimo por conta do parágrafo grifado.

²⁰⁰ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Commission Staff Working Paper: on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/review/sec-2004-995_en.pdf> Acesso em 27 out. 2009. p. 13.

A partir dessas funções do *contributo mínimo*, que consideramos principais, desdobram-se ainda muitas outras, dentre as quais estão a diferenciação entre obras originárias e derivadas e a determinação da presença ou ausência de plágio.

No entanto, pelo fato do instituto do *contributo mínimo* ainda não estar consolidado por completo – por não haver ainda, por exemplo, uma forma objetiva e consistente de identificá-lo em situações práticas –, é muito fácil se enquadrar várias criações como obra artística ou literária. Não é à toa que o direito autoral é conhecido entre os especialistas como a “vala comum” das proteções por propriedade intelectual, pois a tudo o que não se enquadra como patente, marca, desenho industrial, indicação geográfica e topografia, reivindica-se proteção por direito autoral²⁰¹.

Portanto, o *contributo mínimo* – como requisito e elemento da definição de obra e da justificação do direito de autor – vem trazer segurança jurídica para as relações jurídicas que envolvem esse direito. Como a proteção autoral é adquirida desde o momento da criação não é necessário nenhum registro e, muito menos, que nenhum órgão se manifeste o sentido de conceder a proteção. Dessa forma, o *contributo mínimo* se mostra como um critério de seleção – como uma espécie de pulseirinha VIP mesmo – capaz de sinalizar quais criações são realmente obra e, portanto, poderão entrar pela porta da proteção do direito de autor.

2.4.1. A Criação não surge do nada. E o Contributo Mínimo também não.

Pereant qui ante nos nostra dixerent.

*Donato*²⁰²

Nenhuma criação surge do nada cultural. Dessa forma, importantíssimo ressaltar que para que uma criação possua o *contributo mínimo* ela não deve ter sido criada a partir do nada; ela não precisa ser inovadora a ponto de não conter nenhum elemento disponível em contexto cultural. Pelo contrário, as criações de um modo amplo, inclusive as autorais,

²⁰¹ Esse quadro é agravado pelo fato do direito de autor conferir uma proteção mais longa, como observa José de Oliveira Ascensão em *A recente lei brasileira dos direitos autorais comparada com os novos tratados da OMPI*. Revista da ABPI, n. 42, p.13-29, set-out 1999. p. 13.

²⁰² Élio Donato, gramático latino do século IV, o mais influente do seu tempo, e professor de retórica. WIKIPEDIA, The free encyclopedia. *Élio Donato*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%89lio_Donato> Acesso em 30 out. 2009. Citação encontrada em WORLDQUOTES.COM, Historic quotes and proverbs archive. *Aelius Donatus Quotes*. Disponível em: <<http://www.worldofquotes.com/author/Aelius-Donatus/1/index.html>> Acesso em 28 nov. 2009. e pode ser traduzida como “*Perish those who said our good things before we did*” conforme encontrado também em POSNER, Richard A. *The little book of plagiarism*. Pantheon Books: Nova Iorque, 2007.

acabam sendo fruto do meio cultural disponível. Já era assim para Shakespeare, foi assim com Walt Disney e continua sendo assim hoje em dia.

Richard Posner em *Little Book of Plagiarism* aponta que diversas passagens de Shakespeare eram idênticas ou com similaridade tal das de obras de seus antepassados que, fosse hoje em dia, seria certamente considerado como plágio. Entretanto, Posner destaca que “*in Shakespeare’s time, unlike ours, creativity was understood to be improvement rather than originality – in other words, creative imitation*”²⁰³. Assim, o conceito de *criatividade* de uma obra mudou, de modo que o que era visto como criatividade na época de Shakespeare hoje já não é mais²⁰⁴. De qualquer modo, com ressalva de *originalidade* ou não, as criações de Shakespeare já se pautavam no meio cultural existente.

Muito depois de Shakespeare, Walt Disney fez o mesmo: utilizou-se da cultura já disponível. Lawrence Lessig assim conta essa história.

Esse “empréstimo” não era nada incomum, seja para Disney ou para a indústria. A Disney sempre imitou os filmes em voga na época²⁰⁵. E muitos outros faziam o mesmo. Os primeiros desenhos animados eram cheios de imitações – pequenas variações de temas de sucesso, novas versões de histórias antigas. A chave para o sucesso era o brilhantismo das diferenças. Com Disney, era o som que dava o toque especial à animação.

Depois foi a qualidade de seus trabalhos, em relação aos desenhos animados produzidos em série pelos seus concorrentes. Mesmo assim, esses acréscimos eram feitos sobre uma base emprestada. Disney adicionou ao trabalho de outros antes deles, criando algo novo de algo que nem era velho ainda. Pense nos contos dos Irmãos Grimm. Se você sabe tanto quanto eu sabia, deve achar que essas histórias são felizes e doces, perfeitas para contar às crianças na hora de dormir. Na verdade, os conto de fadas dos Grimm são, para nós, sinistras. Era raro encontrar um pai presunçoso o suficiente para ousar ler essas histórias sangrentas e moralistas para seus filhos – fosse na hora de dormir ou em qualquer outra hora.

(...)

Esse é um tipo de criatividade. Criatividade que devemos lembrar e celebrar. Alguns diriam que não há nenhum outro tipo de criatividade, mas não precisamos ir tão longe para reconhecer sua importância. Poderíamos chamá-la de “criatividade Disney”, mas isso poderia gerar mal-entendidos. É, mais precisamente, “criatividade Walt Disney” – uma forma de expressão e gênio que cria a partir da cultura à nossa volta e faz dela algo diferente.²⁰⁶

Ilustramos com os exemplos de Shakespeare e Walt Disney apenas para dizer: não foram somente eles que fizeram uso do meio cultural para criar, todos assim o fazem. Até

²⁰³ POSNER, Richard A. *The little book of plagiarism*. Pantheon Books: Nova Iorque, 2007. p. 54. Posner aponta ainda que no início da carreira de Shakespeare foi acusado de plágio por Robert Greene, mas que, mesmo que pudesse ser verdade, o caso ficou sem solução porque a questão não foi confirmada (p. 51).

²⁰⁴ Lembremos que nem sempre o conceito de criatividade é o mesmo de contributo mínimo. Com o uso do *contributo mínimo* fazemos referência a um instituto *jurídico*. Nesse caso, o conceito de criatividade, sob o aspecto da análise da historicidade, pode até abarcar o de contributo mínimo, mas não necessariamente corresponde a ele por estar sendo empregado de forma mais ampla que engloba, ainda, a acepção *artística*.

²⁰⁵ [Nota do Original]: Ele também era um fã do domínio público. Ver Chris Sprigman, “The Mouse that Ate the Public Domain”, Findlaw, 5 de março de 2002, no link #5.

²⁰⁶ LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. Tradução de CARDOSO, Rodolfo S. Filho; TOLEDO JR., Joaquim; ALZUGUIR, Isabela Vecchi; BANDARRA, Mariana; BOIDE, Alexandre. São Paulo: Editora Francis, 2005. 336 p. Disponível em: <http://tramauniversitario.uol.com.br/compartilhe/cultura_livre.jsp> Acesso em 13 out. 2005. p. 46-47.

mesmo por isso a doutrina tem se ocupado tanto com a questão de conflitos entre os direitos de autor e os direitos da coletividade de acesso às obras, seja através do domínio público, seja através das “limitações” aos direitos de autor.²⁰⁷ Nesse sentido as palavras de Eduardo Lycurgo Leite:

Certa feita, Laurence Peter afirmou que por originalidade poderíamos entender a requintada arte de lembrar de algo que foi dito, mas, porém, esquecer-se aonde foi ouvido.²⁰⁸ Antes porém de Laurence Peter, Abraham Lincoln²⁰⁹ e Voltaire²¹⁰ já haviam se manifestado no sentido de que a originalidade nada mais seria do que uma sábia imitação em razão da comunicabilidade da informação.

Não se quer dizer com isso que as produções intelectuais do homem sejam livres como o ar para o uso comum.²¹¹

Certamente, esses autores se referiam à relação existente entre a criação de obras intelectuais e o acesso a diferentes formas de informações e conhecimentos que os autores recebem da sociedade muito tempo antes de criar suas obras, bem como ao fato de que a combinação dos elementos culturais de um modo novo é, por vezes, fonte de originalidade.

Durante as discussões conduzidas pelo Escritório de Direitos Autorais Norte-Americano (doravante chamado de *Copyright Office*) com relação às obras órfãs, Denise Leary afirmou que “nós somos tanto criadores de material e titulares de direitos de autor quanto usuários e, muito do que fazemos é transformativo”.²¹²

As regras autorais visam proteger o autor e, ao mesmo tempo, permitir que a sociedade se beneficie da criação das obras intelectuais por aquele criadas. Visa o direito fomentar a criatividade²¹³ e a atividade intelectual.

O sistema de direitos de autor busca o balanço das teorias de justificativas de proteção autoral e a regulação do complexo conjunto de engrenagens que servem ao fomento da atividade intelectual e, por conseguinte, dos objetivos almejados pela sociedade.²¹⁴

O direito de autor busca promover a disseminação da informação por meio da disseminação das obras intelectuais para o público. Para que o sistema funcione, deve haver um balanço entre o benefício individual atribuído ao criador da obra intelectual e o benefício da sociedade em ter acesso às criações intelectuais.

O direito de autor tem por objetivo proporcionar o constante aumento na colheita do conhecimento, em vez de impedi-la.²¹⁵ Esse constante aumento apenas pode ser obtido a partir

²⁰⁷ Sobre o tema vide SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339. p.; BARBOSA, Denis Borges. *Domínio público e patrimônio cultural*. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 113-163.; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006.; LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. Tradução de CARDOSO, Rodolfo S. Filho; TOLEDO JR., Joaquim; ALZUGUIR, Isabela Vecchi; BANDARRA, Mariana; BOIDE, Alexandre. São Paulo: Editora Francis, 2005. 336 p. Disponível em: <http://tramauniversitario.uol.com.br/compartilhe/cultura_livre.jsp> Acesso em 13 out. 2005.; e LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos do autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. Tese (Doutorado em Direito Civil). Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

²⁰⁸ [Nota do Original]: PETER, Laurence J. Originality is the fine art of remembering what you hear but forgetting where you heard it. Disponível em: <<http://www.brainyquote.com/quotes/quotes/l/laurencej100432.html>> Acesso em: 20 abr. 2006.

²⁰⁹ [Nota do Original]: LINCOLN, Abraham. Books serve to show a man that those original thoughts of his aren't very new at all. Disponível em: <<http://www.brainyquote.com/quotes/quotes/a/abrahamlin100002.html>> Acesso em: 20 abr. 2006.

²¹⁰ [Nota do Original]: “Originality is nothing but judicious imitation. The most original writers borrowed from one another. The instruction we find in books is like fire. We fetch it from our neighbours, kindle it at home, communicate it to others, and it becomes the property of all.” Disponível em: <http://www.thinkexist.com/English/Topic/x/Topic_278_1.htm> Acesso em: 20 abr. 2006.

²¹¹ [Nota do Original]: Vide voto vencido do Juiz da Suprema Corte dos EUA, Justice Brandeis, no caso de *International News Services VS. Associated Press*, 248 U.S. 215,250 (1918).

²¹² [Nota do Original]: LEARY, Denise. *Orphan Works: Roundtable*. United States Library of Congress Copyright Office. Terça-feira, 26 de julho de 2005, p. 21.

²¹³ [Nota do Original]: *Carey vs. Kearsley*, 170 Eng. Rep. 679,681 (K.B. 1802) e *Iowa State University Research Foundation, Inc. vs. American Broadcasting Co.*, 621 E2d 57 (2d Cir. 1980).

²¹⁴ [Nota do Original]: LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. p. 159-193.

do acesso à informação, cultura e conhecimento, ou seja, a obras intelectuais já criadas, o que justificaria as afirmações atribuídas a Laurence Peter, Abraham Lincoln e Voltaire.²¹⁶

Portanto, para que haja *contributo mínimo* não é necessário algo absolutamente inovador e diferente de tudo o que já se viu. É necessário apenas que haja uma junção de elementos que acabem por caracterizar uma criatividade na forma de expressão de determinada criação. Esses elementos podem já estar presentes em meio cultural – e muito provavelmente já estarão –, pois não é a qualidade dos elementos que fará com que uma criação possua *contributo mínimo* (se é que poderíamos valorar que uma possível criatividade vinda do “nada” teria mais qualidade do que a transformativa) e sim a qualidade da forma com que eles são expressados somada à noção de que eles sejam suficientes para configurar a criatividade em determinada categoria de obra. Essa a orientação das palavras de José de Oliveira Ascensão:

Suscita-se assim a necessidade de traçar uma nova fronteira. E esta vai ser buscada na contraposição entre os elementos pré-dados e o contributo criador. Haverá ainda obra, apesar da utilização de elementos precedentes, desde que haja um espaço de criação individual.²¹⁷

2.4.2. Diferentes Formas de Contributo Mínimo para Diferentes Tipos de Obras

Em outro trabalho, tratamos, em co-autoria com André Andrade, da proteção de personagens por si só, independentemente das histórias de que fazem parte, como criação objeto de direito de autor, isto é, como *obra*²¹⁸. Lá propomos a divisão dos personagens em duas categorias: *personagens-constructos* e *personagens ideias*.²¹⁹ Chamamos de *personagens-constructo* aquelas que pelo seu conjunto de características podem ser consideradas obra e de *personagens-ideias* aquelas que, por não possuírem um conjunto marcante de características não podem ser identificadas de maneira isolada das histórias que as contêm e, assim, destas não podem se desprender para ganhar vida própria como obra.

²¹⁵ [Nota do Original]: LEHR, Paul Tager. The fair-use doctrine before and after “Pretty Woman’s” unworkable framework: the adjustable tool for censoring distasteful parody. 46 *Florida Law Review* n. 443 (1994). Vide também: Harper & Row Publishers, Inc. vs. Nation Enterprises, 471 U.S. 539,558 (1985).

²¹⁶ LEITE, Eduardo Lycurgo. *A proposta norte-americana para as obras órfãs e as regras autorais internacionais*. In PIMENTA, Eduardo Salles (Org.) *Direitos Autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 43-44.

²¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 35.

²¹⁸ ANDRADE, André; RAMOS, Carolina Tinoco. *Proteção autoral de personagens na era da informação*. Revista Criação, n. 2, ano 1, p. 103-114, 2009.

²¹⁹ Essa divisão encontra amparo na literatura específica e encontra correspondência no que Antonio Candido aponta que é chamado de personagens esféricas e personagens planas, ou ainda personagens de costumes e personagens de natureza. CANDIDO, Antonio; GOMES, Paulo Emílio Salles; PRADO, Décio de Almeida; ROSENFELD, Anatol. *A personagem de ficção*. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 61-63.

Remetemo-nos ao texto anterior para que a diferença entre as categorias fiquem mais claras:

A personagem é toda a construção complexa de forma física, comportamento, temperamento, forma de se relacionar, enfim, é a colocação de características humanas – humanização – de algo que pode ou não ter forma humana. Um bruxo como ‘Harry Potter’ possui forma humana, assim como a ‘Capitu’ de Machado de Assis. Mas nada impede que uma personagem seja um animal como ‘Simba’, o ‘Rei Leão’, ou ‘Dumbo’, o elefantinho, todos retratados em desenhos animados da Disney; ou até mesmo uma pedra, como a personagem ‘Dona Pedra’ de Maurício de Sousa. O que importa é que determinada personagem possua características psíquicas humanas, ou seja, que possua emoções, conflitos, problemas, alegrias, desafios etc.

Por outro lado, a imagem da personagem é a figura, o desenho pelo qual ela é representada. Por exemplo, a Figura 1 é apenas a imagem da personagem ‘Mickey’ e a Figura 2 é apenas a imagem da personagem ‘Mônica’. Ou seja, ‘Mickey’ é uma personagem que possui diversas características e, entre elas, essa imagem. ‘Mônica’, por exemplo, é uma menina temperamental, mandona, gorducha, dentuça, muito forte, que só usa vestidos vermelhos, que não se desgruda de seu coelho de pelúcia chamado ‘Sansão’, que tem muitos amiguinhos, que possui complexos pelo fato de outras crianças viverem debochando dela, que bate nos meninos com o coelho de pelúcia, que possui um cachorro chamado ‘Monicão’, e, além de tudo isso, possui essa imagem. Contudo, a imagem não é uma característica obrigatória da personagem. Aquelas personagens cuja existência se limita às obras literárias, como ‘Capitu’ de Machado de Assis e ‘Miss Marple’ de Agatha Christie, não possuem uma imagem pictórica, apenas uma representação visual que desenvolvemos, internamente, a partir das descrições contidas no texto²²⁰.



Figura 1 – Imagem do ‘Mickey’



Figura 2 – Imagem da ‘Mônica’

Portanto, quando se fala em personagem protegida por direito autoral deve-se ter em mente o conjunto de características dessa personagem (esta é a obra), e não apenas sua imagem ou seu nome. Até porque, a imagem de uma personagem é indiscutivelmente protegida por direito autoral, na condição de desenho (art. 7º, inciso VIII, da LDA), enquanto que o nome de uma personagem (art. 8º, inciso VI, da LDA) só é protegido em associação com a obra.

De modo a deixar essa diferença bem clara: qualquer um pode montar uma peça de teatro com uma personagem chamada ‘Mônica’, pois este nome, isoladamente, não possui qualquer proteção. No entanto, não poderia montá-la com uma personagem que se chame ‘Carla’ e que possua todas as outras características da personagem ‘Mônica’. É essa a personagem como constructo: o conjunto de todas as características de uma personagem, tais como seu modo de se comportar, de se vestir, de se relacionar com outros, de agir de determinada maneira perante determinadas condições, seus sentimentos, suas características físicas etc.; tudo isso de forma independente de sua imagem e seu nome, sem, contudo, deixar de se considerar sua imagem e seu nome como características.²²¹

Trazemos aqui a questão da proteção de personagens porque a diferença entre o personagem que é protegido e o que não é nos soa bastante familiar: *contributo mínimo*. Por isso, uma personagem como a Mônica do Maurício de Souza pode ter seu nome trocado que ainda será reconhecível. E por isso que se criarmos um rato com características humanas – o

²²⁰ [Nota do Original]: Ambas as personagens aqui mencionadas já tiveram suas histórias transformadas em filmes. Com certeza, seus autores não imaginaram suas criações com as feições dos atores que um dia vieram a interpretá-las.

²²¹ ANDRADE, André; RAMOS, Carolina Tinoco. Op. cit. p. 107-108.

que já aconteceu diversas vezes a exemplo dos personagens *Fievel*²²², *Bernardo e Bianca*²²³ e do mais recente *Ratatouille*²²⁴ – se ele não tiver nada parecido com a imagem do Mickey, este não será ali reconhecível; uma vez que o Mickey, apesar de possuir características como, possuir um cachorro, amigo de um pato, etc. suas principais características são precipuamente ligadas à sua imagem, tais como uma mão de luva, orelhas grandes e redondas, calça com botões grandes. Assim, tirando sua imagem, não lhe sobram suficientes características que configurem o *contributo mínimo* para ser *personagem-constructo*.

Quando falamos do tipo de obra *personagem*, o conjunto de características que o faz identificável que é a medida da presença do *contributo mínimo*. Mas isso não vale para qualquer tipo de obra. Em uma obra musical, por exemplo, certamente não iremos encontrar o *contributo mínimo* “em seu conjunto de características”, nem em uma obra literária ou de artes plásticas. Para cada tipo de obra haverá uma forma diversa de identificação objetiva do *contributo mínimo* que estará de acordo com sua peculiaridade. A identificação objetiva do *contributo mínimo* nos diferentes tipos de obra é um tema altamente complexo que deixamos a cargo de trabalhos futuros.

2.4.3. Uma só Palavra pode possuir Contributo Mínimo? E uma Frase?

Esse tipo de questão também é levantada quando se trata de *contributo mínimo*. Aqui também cabe a observação de que a análise da presença do *contributo mínimo* depende do tipo de obra. Por exemplo, no Brasil o Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido de considerar um logotipo como merecedor de proteção autoral “por demandar esforço de imaginação, com criação de cores, formato e modo de veiculação, caracteriza-se como obra intelectual”²²⁵. Percebe-se, aqui, que era clara a intenção do julgador em se referir ao *contributo mínimo* ao adotar as expressões “*esforço da imaginação*” e “*obra intelectual*”.

²²² Filme *Fievel*, um conto americano (1986), da Amblin Entertainment e da Universal Pictures, com direção de Don Bluth. Mais informações em E-PIPOCA. *Fievel - Um Conto Americano*. Disponível em: <http://epipoca.uol.com.br/filmes_detalhes.php?idf=1664> Acesso em 30 out. 2009.

²²³ Filme *Bernardo e Bianca* (1977), da Walt Disney Productions, com direção de John Lounsbery, Wolfgang Reitherman e Art Stevens. Mais informações em E-PIPOCA. *Bernardo e Bianca*. Disponível em: <http://epipoca.uol.com.br/filmes_detalhes.php?idf=1574> Acesso em 30 out. 2009.

²²⁴ Filme *Ratatouille* (2007), da Pixar Animation Studios e da Walt Disney Pictures, com direção de Brad Bird, Jan Pinkava. Mais informações em E-PIPOCA. *Ratatouille*. Disponível em: <http://epipoca.uol.com.br/filmes_detalhes.php?idf=12318> Acesso em 30 out. 2009.

²²⁵ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 57.449 - RJ. Quarta Turma, Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 24.06.1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400365870&dt_publicacao=08-09-1997&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 07 mai. 2009.*

Tratava-se de disputa envolvendo o logotipo da Brahma. Esse também o entendimento de Antônio Chaves que assim escreveu:

Os logotipos, letras, sílabas ou palavras gravadas numa só matriz, **quando apresentem originalidade**, podem assumir as prerrogativas inerentes ao desenho em geral, abrigando-se, então, no n.º VIII do art. 6.º da Lei n.º 5.988 que ampara "as obras de desenho, pintura, gravura, escultura e litografia".²²⁶
(grifos nossos)

A *Federal Court* da Austrália já se posicionou no sentido de que slogans²²⁷ publicitários, agrupamento de palavras que constituem *lugar-comum* e *frases de natureza instrutiva* não recebem proteção por direito de autor. Em uma decisão a respeito da proteção da expressão “Help-Help-Driver-in-Danger-Call-Police-Ph.000”, para a qual se negou a presença da proteção por direito de autor, a *Federal Court* Australiana listou ainda diversos exemplos de palavras e expressões que não fazem jus à proteção:

Copyright has been denied in advertising slogans, in the stringing together of commonplace sentences in an advertisement and in sentences of an instructive nature. Generally, short sentences, including titles, slogans and other short phrases have consistently been refused protection, both in Australia and England. Titles, slogans and other short phrases have been denied copyright protection, as follows:

- the magazine title, “Belgravia”;
- the title of a play, “Where There’s a Will There’s a Way”;
- the newspaper title, “The Licensed Victuallers’ Mirror”;
- the name of a diary, “The Lawyer’s Diary 1986”;
- the newspaper title, “Church and State”;
- the title of a novel, “Splendid Misery”;
- the title of a television program, “Opportunity Knocks”;
- the title, “Miss World” and
- the phrase, “Doc Martens”.²²⁸

Notemos que a decisão não nega a possibilidade de proteção por direito de autor para palavras e expressões curtas, mas sim ressalta que geralmente as palavras e frases curtas acabam não fazendo jus a essa proteção. Especificamente quanto à expressão “Help-Help-Driver-in-Danger-Call-Police-Ph.000”, a *Federal Court* Australiana decidiu que

The originality that is required concerns the expression of the idea or thought and not the inventiveness of the idea (see *University of London Press Case* at 608). Whilst the required skill or labour necessary for the creation of a literary work in which copyright may subsist is not large, it must not be insubstantial. For example, as a rule, a title does not involve literary composition and is not sufficiently substantial to justify claims of copyright protection.

²²⁶ CHAVES, Antônio. *Direito do autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 231.

²²⁷ O slogan difere do logotipo pelo fato de ser somente constituído de palavras e números, não contendo, assim, desenhos, cores, estilização de letras.

²²⁸ AUSTRÁLIA. Federal Court. *State of Victoria v Pacific Technologies (Australia) Pty Ltd (No 2)* [2009] FCA 737 (10 June 2009). Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FCA/2009/737.html?query=Pacific%20Technologies>> Acesso em 29 out. 2009.

However, that does not mean that in a particular case the title may not be so extensive and of such a significant character as to attract the protection of copyright (see *Francis, Day and Hunter Limited v Twentieth Century Fox Corporation* [1940] AC 112 at 123).

(...)

The Help Words [Help-Help-Driver-in-Danger-Call-Police-Ph.000] are not a form of literary expression, but a setting down of several simple words in the nature of saying something in ordinary parlance. They are no more than a simple instruction. **The Help Words do no more than state the obvious words for use in drawing attention to a taxi driver requiring urgent assistance.** They are not words that should be afforded monopoly protection.

The Help Words simply indicate a desire to convey the notion that a taxi driver in duress seeks urgent assistance. They do no more than state an idea. **The expression is inseparable from the fundamental idea that is being conveyed by the words. When the expression of an idea is inseparable from its function it forms part of the idea and is not entitled to the protection of copyright** (see *Autodesk Inc v Dyason* [1992] HCA 2; (1992) 22 IPR 163 at 172).²²⁹ (grifos nossos)

Portanto, o que é relevante para a aquisição de proteção autoral não é o tamanho da forma de expressão, pois mesmo uma palavra ou uma pequena expressão pode ser considerada obra literária.²³⁰ O que é de fato relevante é que a forma expressiva (a criação) contenha o *contributo mínimo*.²³¹ Para isso, tal criação não pode constituir-se lugar-comum nem estar estritamente ligada a sua função. Mesmo nos Estados Unidos onde, segundo Melville Nimmer e David Nimmer, o Copyright Office Regulation expressamente previu que palavras e frases curtas não possuíam proteção autoral, passou-se a entender que se deve conferir proteção se nesses casos apresentarem “suficiente criatividade”:

Illustrative of the requirement of minimal creativity are those cases that deny copyright protection to fragmentary words or phrases, noncreative variations of musical compositions, numbers generated sequentially or randomly, and to forms of expression dictated solely by functional considerations. It is seen also in connection with works of art. This position was likewise reflected in the Copyright Office Regulation under the 1909 Act that provided that the following are not subject to copyright:

Words and short phrases such as names, titles, and slogans; familiar symbols or designs; mere variations of typographic ornamentation, lettering or coloring; mere listing of ingredients or contents.²³²

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Reconhecemos, porém, que, em razão de seus tamanhos, uma palavra ou pequena expressão contam com uma probabilidade bem menor de serem consideradas como obra literária.

²³¹ Isso acontece, por exemplo, com a proteção de títulos de obras no ordenamento jurídico brasileiro em determinadas situações, conforme ensina Ascensão: “É claro que ao título, como parte da obra, se estende sempre a proteção que recai sobre a obra. Não se pode, por exemplo, publicar a obra alterando o título. Mas o que se pergunta é se o título pode ser objeto de proteção autônoma. / Por esse prisma, os títulos dividem-se em três categorias: - os que são protegidos como obras; - os que não são protegidos; - os que são protegidos como títulos. / No título não encontramos normalmente aquela forma de uma criação do espírito em que consiste a obra literária e artística. / Mesmo quando se utilizam palavras que exprimam idéias que acordam um halo de poesia, como ‘saudade’ ou ‘esperança’, o título em si não é criador; e da mesma forma quando se utiliza um nome, como Waterloo ou Açucena, por mais que o nome pessoalmente nos agrade. Pode ter sido uma excelente descoberta para aquela obra mas, tomado isoladamente, não corresponde a uma criação intelectual. / Mas em casos relativamente raros o título tem em si este significado. ‘Todos os anos, pela Primavera’ ou ‘Anoitecendo, a vida recomeça’ são já de si pequeninas obras. Só nestes casos merecem uma proteção autonomamente inspirada no direito de autor.” In ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 526-527.

²³² [Nota do Original]: 37 C.R.F. § 202.1(a) (1959). See *Murray Hill Publ'ns, Inc. v. ABC Communications, Inc.*, 264 F.3d 622, 623-33 (6th Cir. 2001); *Arvelo v. American Int'l Ins. Co.*, 875 F. Supp. 95, 100 (D.P.R.), *aff'd mem.*, 66 F.3d 306 (1st Cir. 1995); *Jonhson v. Automotive Ventures, Inc.*, 890 F. Supp. 507, 511 (W.D. Va. 1995); *Manufacturers Technologies, Inc. v. Cams, Inc.*, 706 F. Supp. 984, 996 (D. Conn. 1989) (Treatise cited); *Applied Innovations, Inc. v. Regents of the Univ. of*

The Copyright Office continues to follow that regulation at present. Courts typically rule that “the Copyright Office’s longstanding practice of denying registration to short phrases merits deference”. The refusal to protect short phrases applies a fortiori to one or two words. Even marginally longer phrases (“if no pulse, start CPR”) are appropriately denied copyright protection.

However, it must be recalled that even most commonplace and banal results of independent effort may command copyright protection, provided such independent effort is quantitatively more than minimal (e.g., exceeds that required for a fragmentary work or short phrase). Conversely, it would seem (notwithstanding the above quoted Copyright Office Regulation) that even a short phrase may command copyright protection if it exhibits sufficient creativity.²³³

Thus Judge Jerome Frank in *Heim v. Universal Pictures Corp., Inc.*, suggested that copyright protection would be accorded such lines as “Euclid alone has looked on a Beauty bare” and “Twas brillig and the slithy toves.” It appears, then, that there is a reciprocal relationship between creativity and independent effort. The smaller the effort (e.g., two words) the greater must be the degree of creativity in order to claim copyright protection.²³⁴

Em sentido diverso a decisão da *Supreme Court of Judicature - Court of Appeal* do Reino Unido no caso *Exxon Corporation and others v. Exxon Insurance Consultants International Ltd.*²³⁵ que envolvia o uso do termo “Exxon”. Quatro sociedades empresárias desse grupo ajuizaram ação em face de uma quinta, ex-franqueada, alegando que esta se fazia passar por uma legítima “Exxon” e que, além disso, esta também violava direito de autor das autoras em relação a obra literária “Exxon”. Assim argumentaram os autores:

What is now protected as an original literary work is anything which can be, and has been, written down for the first time; any combination of letters thought out and written down; any tangible product of intellectual endeavour. Mr. Price referred us to Webster's Dictionary, in which "work" is defined in one place as "something produced or accomplished by effort, exertion, or exercise of skill . . . something produced by the exercise of creative talent or expenditure of creative effort". He says that this word satisfies those conditions. It does not matter how much work went into it, subject, perhaps, to the principle de *minimis lex non curat*; it does not matter how poor the quality of the work is; if it was the result, or the product, of creative effort, the exercise of some skill and effort, it is a work, and if it is a work which is written down and consists of letters, it is a literary work. If you take the phrase "original literary work" to pieces, this word "Exxon" is original for the reason that I have given, it is literary and it is a work. Why, then, is it not an original literary work? But he concedes, although he submits that it is helpful to split the phrase up into its three component words, that it is the expression as a whole in the context of the Act which has to be construed. "Literary" is given a broader meaning in the 1956 Act than it was given in the 1842 Act, and that broader meaning must colour and extend the meaning of "work". Some skill and care having been exerted in inventing this word by selecting these four letters out of the alphabet of 26, the word qualifies as an original literary work. Admittedly there is no authority for treating such a word as the subject of copyright, but Mr. Price submits that in its plain and natural meaning this one word, meaningless though it is unless applied to a company or to goods, is an original literary work.²³⁶

Minn., (“test statements are short, simple, declarative sentences, but they are not merely fragmentary words and phrases”) (Treatise cited); *Perma Greetings, Inc. v. Russ Berrie & Co.*, 598 F. Supp. 445, 448 (E.D. Mo. 1984).

²³³ [Nota do Original]: *Southco, Inc. v. Kanebridge Corp.*, 390 F.3d 276, 298 (3d Cir. 2004) (Roth, J., dissenting) (Treatise quoted), cert. denied, 126 S. Ct. 336, 163 L. Ed. 2d 48 (2005). However, the weight of existing authority apparent precludes copyright protection for a title regardless of its degree of creativity. See § 2.16 *infra*. The exclusion of titles from copyright protection may now be seen as a matter of Congressional intent. See § 2.03 *infra*.

²³⁴ NIMMER, Melville B.; NIMMER, David. *Nimmer on Copyright*. vol. 1. San Francisco: Lexis Nexis, 2008. p. 2.16-2.17.

²³⁵ REINO UNIDO. *Supreme Court of Judicature - Court of Appeal. Exxon Corporation v Exxon Insurance Consultants International Ltd* [1982] Ch 199.

²³⁶ *Ibid.* p. 16-17.

Contudo, a Suprema Corte decidiu no sentido de que palavras isoladas não recebem proteção por direito de autor. Para isso, usou como exemplo o poema *Jabberwocky* de Lewis Carroll e a palavra *Supercalifragilisticexpialidocious* do filme musical *Mary Poppins* da Disney; pautando-se, inclusive, em decisões anteriores:

Assuming the poem had been recently written and was the subject of the Act of 1911 or 1956, it is I suppose just conceivable that the use in some literary context of either of the single words "Jabberwock" or "Jabberwocky" alone might also be held to be an infringement as being a substantial part of the whole poem. But could Lewis Carroll, if he had merely invented the word "Jabberwock" and had never written the poem of which it is a part, have successfully contended that he had copyright in the word alone? In the absence of its registration as a trade mark, could he, by virtue of copyright, prevent a commercial company adopting it as part of such company's corporate name? I think not, the legal reason being that the word alone and by itself cannot properly be considered as a "literary work", the subject of copyright under the Act. **It becomes part of a "literary work" within the Act when it is embodied in the poem, but it is the poem as a composition which is a work within the Act and not the word itself.** The American case, *Life Music Inc. v. Wonderland Music Co.* (1965) 241 Fed.Supp 653, was referred to by Mr. Mummery. Copyright was claimed in the word "Supercalafajalistickeapealadojus", infringement being alleged by the defendants' use of the word "Supercalifragilisticexpialidocious" but the case does not really carry the matter any further. The refusal there of an interlocutory injunction turned on the failure of the plaintiff to make out a prima facie case of infringement and, although it could be said that the possibility of copyright in the word was assumed, there was no real argument on the copyright aspect of the matter and the case has really no persuasive authority on this point. I therefore conclude that the plaintiffs cannot, for the reasons given above, succeed on the ground of copyright in their word "Exxon".²³⁷
(grifos nossos)

Há quem ainda aponte para outras formas de criação que não podem ser protegidas por direito de autor, como falaremos no item a seguir.

2.4.4. Criação sem nenhum contributo mínimo

O caso australiano "Help-Help-Driver-in-Danger-Call-Police-Ph.000" já nos indica que, independentemente do tipo de obra em questão, criações *lugar-comum* e criações *estritamente funcionais* não fazem jus a proteção autoral. Além disso, Ascensão aponta que a descrição pura e simples, com fim em si mesma – e que, por isso, acaba tendo um caráter estritamente funcional –, também se encontra entre as criações sem contributo mínimo:

Em casos extremos a ausência desse caráter não pode deixar de sobressair. Assim, um texto contendo mera descrição de um processo não tem o caráter criativo que se exige, como não o tem a locução comum de um jogo de futebol ou outro acontecimento. Quer dizer, quando se passa da criação para a descrição, quando há descoberta e não inovação, quando é o objeto que comanda em vez de o papel predominante ser o da visão do autor – saímos do âmbito da tutela.

²³⁷ Ibid. p. 11-12.

A presunção de qualidade criativa cessa quando se demonstrar que foi o objeto que se impôs ao autor, que afinal nada criou.²³⁸

(...)

Por isso, dissemos já que, se alguém deixa uma câmara de filmar aberta sobre o público, o filme daí resultante não é uma obra, é a tradução servil da realidade, sem haver marca pessoal da captação.²³⁹

Assim, filmes de câmeras de segurança ou fotos de satélite²⁴⁰ não são protegidos por direito de autor pelo fato de, entre outros requisitos (vide cap. 5) não possuir contributo mínimo. Esse entendimento foi adotado pela Convenção de Berna ao não proteger “notícias do dia ou [...] ocorrências diversas que têm o caráter de simples informações de imprensa”²⁴¹. De acordo com Masouyé²⁴², esse posicionamento foi adotado em coerência com o contributo mínimo:

The rationale of this provision is that the Convention does not set out to protect mere news or miscellaneous facts because such material does not possess the qualifications necessary for it to be considered a work. On the other hand, the words used by reporters and other journalists reporting or commenting on the news are protected to the extent that they carry sufficient intellectual effort for them to be considered as literary and artistic works.

In other words, the news and the facts themselves are not protected nor the simple telling of them, since matters of this kind lack the necessary conditions to be considered as falling into the category of literary and artistic works. This exception merely confirms the general principle that, for a work to be protected, it must contain a sufficient element of intellectual creation. It is a matter for the courts to judge, case by case, whether this element is sufficiently present and to decide whether the text is a story related with a measure of originality or a simple account, arid and impersonal, of news and miscellaneous facts.²⁴³

Esse entendimento a respeito das notícias jornalísticas, pelo fato de ser previsto no texto de Berna, está consolidado atualmente. Contudo, como veremos a seguir, Robert Brauneis conta que longo foi o caminho para essa coerência entre notícias jornalísticas e contributo mínimo.

²³⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 50 e 51.

²³⁹ Ibid. p. 51.

²⁴⁰ Sobre a ausência de proteção de fotos de satélites por direito de autor vide BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade intelectual e fotos automáticas tiradas por satélites*. Disponível em: <denisbarbosa.addr.com/125.DOC> Acesso em 07 nov. 2009.

²⁴¹ INTERNACIONAL. *Convenção de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, Revista em Paris, a 24 de julho de 1971*. In Op. cit. p. 181-229.

²⁴² Claude Masouyé foi quem escreveu “*Guide to the Berne Convention*”, originalmente em francês, tendo sido a versão para o inglês feita por William Wallace. In WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. p. 4.

²⁴³ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. Op. cit. p. 22-23.

2.5. NEM TODOS SÃO A FAVOR DE UMA PULSEIRINHA V.I.P.: O CONTRIBUTO MÍNIMO NÃO É UNÂNIME

Como em quase tudo o que há no direito de autor, também aqui não encontramos a unanimidade. Robert Brauneis em seu artigo “*The transformation of originality in the progressive-era debate over copyright in news*”²⁴⁴ diz que a *originalidade* no direito de autor (apresentado como *originality-creativity requirement*) não passa de retórica que passou a ser utilizada pelos empresários jornalísticos quando por interesses de poder veicular a matéria de uma competidora. Lá, Brauneis conta que durante grande parte do século XIX era prática comum a troca de exemplares de jornais entre diferentes empresários jornalísticos com subsídio do governo para difusão da informação.²⁴⁵ Entretanto, com o desenvolvimento tecnológico e as novas formas de difusão de informação essa prática passou a ser desinteressante para essas sociedades empresárias por conta da competição – principalmente devido à redução dos custos de cópia e a maior agilidade em fazê-la – e assim, passou a ser combatida.²⁴⁶

Nesse contexto, Brauneis aponta a evolução do conceito de *originalidade* o qual teve seu sentido modificado por diversas vezes, segundo ele, tendo como um dos fatores dessas mudanças os interesses da imprensa em passar a obter proteção por direito de autor para as notícias veiculadas.²⁴⁷ Outro fator, indica ele, seria a discussão trazida pelo caso *Feist* e pelos precedentes nele indicados. Usamos aqui o termo *originalidade* porque nem sempre, durante a evolução apontada, ele corresponde ao *contributo mínimo*, havendo, inclusive, um período apontado pelo autor que o conteúdo de *originalidade* aproximava-se mais do de *individualidade* do que daquele.²⁴⁸

Por tudo isso, Robert Brauneis afirma ser retórico o conteúdo do *originality requirement*, como se ele tivesse apenas sido uma falácia moldada pelo tempo e pelos

²⁴⁴ BRAUNEIS, Robert. *The Transformation of Originality in the Progressive-Era Debate over Copyright in News*. GWU Legal Studies Research Paper No. 463; GWU Law School Public Law Research Paper No. 463. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1365366>> Acesso em 17 jul. 2009.

²⁴⁵ Ibid. p. 11-15.

²⁴⁶ Ibid. p. 15-19.

²⁴⁷ Ibid. p. 34-37.

²⁴⁸ Por exemplo, no trecho: “The Seventh Circuit affirmed the preliminary injunction, and Judge Peter Grosscup wrote an opinion that provides a pioneering, astoundingly clear use of the rhetoric of creativity-based originality, and of the associated notion of the romantic author. ‘Authorship,’ he wrote, ‘implies that there has been put into the production something meritorious from the author’s own mind; that the product embodies the thought of the author, as well as the thought of others; and would not have found existence in the form presented, but for the distinctive individuality of mind from which it sprang.’ News reports, he concluded, did not usually bear the stamp of a particular mind, and therefore were not the products of an author that copyright law should protect.” In Ibid. p. 30.

interesses da imprensa. Percebemos isso principalmente quando o autor trata da questão de fatos serem protegidos ou não por direito de autor.

Mesmo com todos os argumentos trazidos por Brauneis, inclusive com toda história a respeito do desenvolvimento do conceito de originalidade – a qual reconhecemos como sendo possível fator de consolidação do *originality requirement* nos Estados Unidos (em última análise também em outros países devido a grande influência global deste em matéria de direito da propriedade intelectual) –, não concordamos que o tema da *originalidade*, no que coincide com *contributo mínimo*, seja uma retórica. O que entendemos haver de fato é o desenrolar de um instituto jurídico através dos tempos devido a políticas interessantes para determinados grupos em determinado momento. Não só a história da *originalidade* se desenrolou assim, mas também toda a história da proteção por direito de autor. E é exatamente por causa desses fatores que se fala em historicidade do direito.

Em sentido diverso, Mark Sherwood-Edwards defende a proteção de fatos por direito de autor (*copyright*) e diz que o *originality requirement*, principalmente do modo em que é apresentado no caso *Feist*, é redundante. O sentido por ele empregado também abarca nossa concepção de *contributo mínimo*, já que corresponde a um mínimo grau de criatividade. Contudo, também não concordamos com essa crítica.²⁴⁹

Em primeiro lugar porque Sherwood-Edwards calca todos seus argumentos na base de que o *copyright* é um direito de propriedade tanto quanto a propriedade de um bem corpóreo qualquer. Essa, entretanto, não é uma boa forma de desenvolver argumentos desse tipo devido a altamente controversa natureza jurídica do direito de autor (e do *copyright*, se queira fazer distinção entre ambos), de tal forma que quando foi criado o texto (incluindo as revisões) da Convenção de Berna esse tema foi categoricamente deixado de lado para que se pudesse abraçar maior número possível de membros.²⁵⁰ E, como já dissemos, um tema tão internacionalizado como o direito de autor deve ser sempre analisado sob esse aspecto, principalmente depois da criação do direito uniformizado pela Convenção da União de Berna e pela clara tendência de se criar mínimos padrões de proteção cada vez mais altos que preferencialmente atendam a todos os países do globo.

²⁴⁹ Mark Sherwood-Edwards apresenta análises econômicas empíricas das quais esquivaremos da análise por desviar da análise jurídica que é nosso foco no presente trabalho.

²⁵⁰ CAVALLI, Jean. *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*. Tradução para o espanhol de Juan David Castro García. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2006. p. 203-204.

Em segundo lugar, Sherwood-Edwards desconsidera uma premissa importantíssima e indispensável para análise do direito de autor: os bens incorpóreos possuem natureza essencialmente diversa dos bens corpóreos e o regime jurídico de ambos jamais terá correspondência plena. Não há como querer transportar o regime jurídico destes para aqueles. Em um trecho, assim afirma:

The major reason for disregarding the reasoning in Feist is this. It is the nature of most facts to exist in a source which cannot be exclusively appropriated: viz. the world about us. Mere collection and compilation of such facts will rarely establish a monopoly because, where the facts are propertised by copyright, it is always open to others to go direct the original sources. However many compilations are produced then, so long as the real world source remains publicly accessible, there is, to use Locke's phrase, always enough left over. In more formal terms, what the analysis in Feist ignores is the distinction between source and version. A compilation of facts is a version: the facts themselves still exist in the source. London itself is the source for a list of all the companies based in London, while the list itself is a version. Including facts in a compilation ("copying" and "reporting" in Feistian terms) does not and cannot lead to the sort of monopoly envisaged in Feist, since the source of the facts continues to pre-exist and remains as available to second-comers as it was to first-comers. What is source for the goose is also source for the gander.²⁵¹

Entretanto, a distinção procedida pelo autor entre *fontes (source)* e *versões (version)* de fatos é – essa sim – retórica, pois o conteúdo do que ele chama de *fonte* e de *versão* é o mesmo. Assim, como saber se os “segundos a coletarem” os fatos (*second-comers*) copiaram da *fonte* ou da *versão* feita pelos “primeiros a coletarem” (*first-comers*)? Dessa forma, seja por propriedade seja por monopólio o uso livre de um fato na *fonte* igual ao contido na *versão* não estaria disponível exatamente por ser o mesmo fato. Além disso, Sherwood-Edwards faz uma comparação dos bens incorpóreos com maçãs, mas por diversas vezes desconsidera completamente a máxima da já citada constatação de George Bernard Shaw (coincidentemente também com maçãs – vide capítulo 1): na troca de maçãs *as mesmas* maçãs originais são mantidas *e em mesma quantidade*, enquanto a troca de bens incorpóreos faz com que *o mesmo* se mantenha *em várias “quantidades”*. Portanto, o que ele chama de *fonte* e de *versão*, ambas são os mesmos bens incorpóreos, porém em “quantidades” diferentes. Apesar do autor considerar essa natureza essencial do bem incorpóreo para determinadas análises pontuais, não a utiliza na tessitura da argumentação como um todo.

Quanto ao tema da *originalidade* em si, partindo dessa premissa incorreta, chega ao extremo comparativo ao dizer que

But why should works fail? Why should there be one type of property in an original work and another in an unoriginal one? We do not find it necessary to distinguish between tangibles in

²⁵¹ Sherwood-Edwards, Mark. *The redundancy of originality*. Disponível em: <<http://127.0.0.1:81/GRURP/bib/bin/show.asp?vpath=/bibdata/zeits/iic/19>> Acesso em 10 nov. 2009. p. 667.

this way. No-one would say, for example, that this fish is original and therefore of property type X, whereas this other fish is not so original and therefore of property type Y.²⁵²

De fato, não há como equiparar bens corpóreos e incorpóreos dessa forma. Entretanto, parece que esse tipo de análise ele aplica somente ao direito de autor, e não à propriedade intelectual como um todo, por entender ser um tipo de “propriedade comum”:

With patents, the property right is exceptional and so the subject matter of the property must be too. With copyright, however, since the property is of normal scope, there is no need to distinguish between exceptional and unexceptional works, and limiting copyright to original works simply restricts and distorts the market without any corresponding benefit.²⁵³

Portanto, por tudo o que já foi discutido, discordamos completamente dessa “teoria da redundância” da *originalidade* (e do *contributo mínimo* no que lhe couber) de Sherwood-Edwards.

²⁵² Ibid. p. 678.

²⁵³ Ibid. p. 685.

3. CONTRIBUTO MÍNIMO COM POPULARIDADE INTERNACIONAL

O *contributo mínimo* como requisito não é encontrado apenas nos direitos internos dos países; ele também se encontra presente no direito internacional público e no direito internacional privado pela presença em tratados importantes que deram origem a um direito uniformizado em matéria de direito de autor.

Trataremos nesse capítulo do direito internacional público ao falarmos dos principais tratados internacionais em matéria de direito de autor – quais sejam, a Convenção de Berna, o TRIPs, o Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, a Convenção Universal do Direito de Autor²⁵⁴, dentre outros –, do direito internacional costumeiro e de diretivas da União Européia. Quanto ao direito internacional privado, o mesmo será tratado quando abordarmos os temas de conflitos entre fontes e direito uniformizado. Análise será procedida apenas em relação ao tema do *contributo mínimo* e não do direito de autor no seu todo.

3.1. CONVENÇÃO DE BERNA

Assinada em 9 de setembro de 1886, a Convenção de Berna passou por sete revisões: Paris (1896), Berlin (1908), Berna (1914), Roma (1928), Bruxelas (1948), Estocolmo (1967) e Paris (1971).²⁵⁵ Hoje se encontra vigente o texto da última versão de Paris, que entrou em vigência em 10 de outubro de 1974²⁵⁶, a qual o Brasil ratificou em 20 de abril de 1975²⁵⁷.

²⁵⁴ Em matéria de direitos conexos ao direito de autor, o Brasil é também membro da Convenção de Roma para proteção dos artistas intérpretes ou executantes (1961), da Convenção de Genebra para proteção dos produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada de seus fonogramas (1972) e Convenção de Bruxelas para proteção dos sinais transmitidos por satélites de comunicação (1974).

²⁵⁵ WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. p. 5-6.

²⁵⁶ INTERNACIONAL. *Convenção de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, Revista em Paris, a 24 de julho de 1971*. In SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003. p. 181-229.

²⁵⁷ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Contracting Parties: Berne Convention - Brazil - Details*. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/Remarks.jsp?cnty_id=922C> Acesso em 06 out. 2009. O Brasil publicou a promulgação da última versão (Paris - 1971) através do Decreto nº 75.699, de 06 de Maio de 1975. In *Diário Oficial da União*. Seção 1. 09/05/1975. p. 5553. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1975-05-06;75699>> Acesso em 06 out. 2009.

3.1.1. Contributo Mínimo Explícito (?): “obras originais”

Através de uma leitura literal do texto da Convenção de Berna poderíamos acabar por dizer que a mesma não prevê o requisito do *contributo mínimo*. De fato, quando o texto de Berna utiliza a expressão “*obras originais*” percebe-se que a *mens legis* não aponta para *original* no sentido de *originalidade (contributo mínimo)* e sim de *originária* (a criação primeira – utilizada em contraposição com criação *derivada*). E uma interpretação histórica nos coloca bem certos desse sentido pois nas primeiras versões dessa convenção as traduções, por exemplo, que são tipos de obras derivadas, não gozavam do mesmo tempo de proteção que as obras das quais se originaram²⁵⁸. Isso foi tema de diversas discussões e a partir delas foi criado o seguinte dispositivo:

Artigo 2. 3) São protegidas como obras originais, sem prejuízo dos direitos do autor da obra original, as traduções, adaptações, arranjos musicais e outras transformações de uma obra literária ou artística.²⁵⁹
(grifos nossos)

Essa não é a única vez que o texto da convenção traz a expressão “*obras originais*”, mas é a que poderia causar mais dubiedade e dúvida quanto ao sentido de “*originais*”, já que nas outras aparições o sentido de “*originária*” fica bem mais explícito.

Apesar disso, há um curioso entendimento diverso apontado por Masouyé em “*Guide to the Berne Convention*” da OMPI. Lá é admitida a possibilidade do conceito de *obra* envolver o de *contributo mínimo*. Dizemos “possibilidade”, porque eles admitem esse caráter apesar de reconhecerem que a Convenção de Berna não traz a definição de obra. E, em seguida, observa que “*the Convention uses the expression ‘original works’ later in this sense [that they possess creativity] and to distinguish from those copied (Article2(3))*”²⁶⁰ (grifos nossos). Portanto, já vemos aqui uma interpretação diversa que já abarca o conceito de *contributo mínimo*.

²⁵⁸ CAVALLI, Jean. *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*. Tradução para o espanhol de Juan David Castro García. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2006. p. 217-219.

²⁵⁹ INTERNACIONAL. *Convenção Universal sobre Direito de Autor*. In SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003. p. 231-259.

²⁶⁰ WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. p. 17.

3.1.2. Contributo Mínimo Implícito: as compilações

Além disso, podemos dizer que há no texto da Convenção de Berna uma menção implícita ao *contributo mínimo*. No artigo 2, parágrafo 5, assim está dito:

Artigo 2. 5) As compilações de obras literárias ou artísticas, tais como enciclopédias e antologias, **que, pela escolha ou disposição das matérias, constituem criações intelectuais**, são como tais protegidas, sem prejuízo dos direitos dos autores sobre cada uma das obras que fazem parte dessas compilações.²⁶¹
(grifos nossos)

Esse é o comentário de Masouyé a respeito desse parágrafo:

Here is another category of so-called derivative works and is on all fours with translations, adaptations, etc. But here the Convention lays down special conditions: the encyclopaedia, anthology or other collection must, by reason of the selection or arrangement of its contents, be an intellectual creation. In other words, **its maker must bring to bear an element of creativity**; merely listing the words or extracts without offering any personal contribution is not enough.²⁶²
(grifos nossos)

Portanto, nas obras de compilação e coletânea podemos identificar, de modo mais claro, a necessidade de um mínimo grau de criatividade através da norma implícita. Foi, aliás, um julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre compilações que ajudou a colocar a questão do *contributo mínimo* como requisito em maior evidência: o chamado caso *Feist*²⁶³. Também nesse sentido, documentos originados dos estudos da OMPI sobre proteção de bases de dados não-originais, reconhecem que o *contributo mínimo* autoral é deduzido dos princípios da Convenção de Berna e da Convenção de direito de autor da OMPI. Um estudo sobre os impactos econômicos da proteção a bases de dados assim diz:

Databases are collections or compilations of records that are organized for easy access and retrieval. For the purposes of this study, **many of these databases are “unoriginal” in the sense that they do not meet the originality criterion under the principles of copyright recognized in the Berne Convention and the WIPO Copyright Treaty. As a result such databases are not protected by copyright.** Although databases can be in any of a variety of formats, the growth of databases in electronic formats, both as standalone products on media such as CD-ROMs and as online products and services, has increased the need for their legal protection.²⁶⁴
(grifos nossos)

²⁶¹ INTERNACIONAL. *Convenção de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, Revista em Paris, a 24 de julho de 1971*. In SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003. p. 181-229.

²⁶² WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. p. 20.

²⁶³ Falaremos desse caso no Capítulo 4.

²⁶⁴ BRAUNSTEIN, Yale M. *Economic impact of database protection in developing countries and countries in transition*. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_7/sccr_7_2.pdf> Acesso em 17 ago. 2009. p. 5.

No mesmo sentido outro estudo que trata da proteção das chamadas bases de dados não-originais (que não contém *contributo mínimo* e, por isso não são objeto de direito de autor):

This study was commissioned by the World Intellectual Property Organization (WIPO) to deal with the impact of the protection of unoriginal databases on developing countries. The study is to be used by the standing committee on Copyright and related rights in its work on the possible establishment of an international instrument for the protection of databases.

The study deals exclusively with databases that are not protected under copyright (i.e., that do not fulfill the originality criterion of the Berne Convention and the WIPO Copyright Treaty).²⁶⁵
(grifos nossos)

Outro estudo, também sobre o impacto econômico da proteção dessas bases de dados não-originais, é ainda mais específico e trata do tema de forma mais detalhada:

Copyright protection of original databases is firmly grounded in Article 2(5) of the Berne Convention; and furthermore databases are eligible for protection according to Article 5 of the WIPO Copyright Treaty and Article 10(2) of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

Common to most types of databases is that they are most valuable if comprehensive in their field of application, reliable, up-to-date, and logically organized. A database with these properties requires significant and continuing investments of labor and other resources. However, the need of protection is at odds with fundamental copyright principles. **Comprehensive databases tending to exhaust their respective field of application most likely will not satisfy the conditions for protection under copyright law – that is they will not be considered as original in the copyright sense.** As regards anthologies, etc., **the originality requirement is stated in Article 2(5) of the Berne Convention:** “Collections of literary or artistic works... which, by reason of their selection and arrangement of their contents, constitute intellectual creations shall be protected as such.” **The content of a comprehensive factual database is to a certain extent predetermined and thus cannot reflect the creativity of the author which is an integrated part of the originality requirement,** at least in the civil law systems. A somewhat similar requirement has been applied in USA copyright law following the Supreme Court’s decision in the Feist case.²⁶⁶ A comprehensive, logically organized collection like, e.g., the financial markets quote and trade information thus risk to fall short of the originality standard.

The creator of the most idiosyncratic and selective database can rely on copyright protection of his creation, contrary to the creator who diligently has compiled a very comprehensive database within a certain field of application. **The fundamental copyright principles do not take into account that the latter database creator has a larger need of protection than the former at least in a commercial context. Accordingly, copyright rewards and protects artistic creativity and not practical or scientific utility and for that matter commercial value. Protectable subject matter under copyright law arguably promotes cultural development, but with a view to databases prima facie copyright law is not designed to promote technological and economic progress.**²⁶⁷
(grifos nossos)

²⁶⁵ EL-KASSAS, Sherif. *Study on the protection of unoriginal databases*. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_7/sccr_7_3.pdf> Acesso em 17 ago. 2009. p. 3.

²⁶⁶ [Nota do original]: Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991).

²⁶⁷ RIIS, Thomas. *Economic impact of the protection of unoriginal databases in developing countries and countries in transition*. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_7/sccr_7_4.pdf> Acesso em 17 ago. 2009. p. 16.

3.1.3. Mais Contributo Mínimo Implícito: obras são “produções”

Jane Ginsburg e Sam Ricketson apontam, ainda, outra forma de identificação implícita do *contributo mínimo* no texto da Convenção de Berna²⁶⁸. Ele se encontra na palavra “*produções*” contida no artigo 2, parágrafo 1, isto é, no trecho “os termos ‘obras literárias e artísticas’ abrangem todas as **produções** do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão”.

Assim, dizem, a palavra “produção” implica a presença de alguma quantidade de criatividade; deve ser uma criação criativa no domínio literário, artístico ou científico. E ressaltam que apesar da palavra “produção” indicar a necessidade do elemento criativo, a Convenção de Berna não determina qual deve ser o *quantum* desse grau de proteção.

Dessa forma, comentam que

This suggests that originality may inhere in the way in which a work is composed, independently of the originality of its components. It does not, however, indicate how substantial the quantum (as opposed to the aesthetic quality) of creativity should be. This therefore, allows Union countries to adopt differing interpretations of the minimum of intellectual creation that is required for works already listed in article 2(1).²⁶⁹

3.1.4. Proteção das Fotografias

Desde os congressos de 1884 e 1885 começaram as discussões da fotografia como obra. A França pedia essa forma de proteção e a Alemanha se opunha veementemente.²⁷⁰ Há indicações que esses debates eram baseados no fato dela ser uma expressão ainda nova e que sua qualidade artística ainda não havia sido de todo apreciada da mesma forma que acontece com as obras de vanguarda²⁷¹. Concordamos que a incompreensão a respeito da nova forma de expressão seja motivo dos debates, mas não exatamente o único.

O que se observa através de uma discussão como essa é exatamente a presença do já mencionado *consciente coletivo*²⁷² que trazia à percepção que para se proteger uma criação por direito de autor é necessário que haja um mínimo grau criativo de contribuição. Isto

²⁶⁸ GINSBURG, Jane C.; RICKETSON, Sam. *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*. v. 1. 2. ed. Great Britain: Oxford University Press. p. 402-406.

²⁶⁹ Ibid. p. 405.

²⁷⁰ Ibid. p. 443.

²⁷¹ “Los debates de la Conferencia de 1883 demostraron que no se deseaba proteger a las obras fotográficas [Boletín ALAI, n.º 18, noviembre de 1883, p. 3.]. Es cierto que esta categoría de obras era el resultado de una técnica novedosa y respecto de la cual aún no existía suficiente sensibilidad sobre su carácter artístico.” CAVALLI, Jean. Op. cit. p. 212.

²⁷² No Capítulo 1 – vide notas de rodapé n.º 152 e 153.

porque, segundo Jane Ginsburg e Sam Ricketson, já nesses congressos de 1884 e 1885, estava sendo dada atenção ao fato da possível falta de criatividade nessas criações pois,

With photographic works, the skill required to produce the final Picture may only be the simple manual operation of operating a shutter or pushing a button. On the other hand, there may be considerable elements of skill involved in relation to such matters as choice and arrangement of subject, lightening, perspective, and so on.²⁷³

A discussão acerca do tema era tanta que somente durante os encontros para Revisão de Berlim (1908) que se começou a criar entendimentos a respeito da necessidade da fotografia ser protegida em todos os países da União, de modo que esses iriam decidir se colocavam ou não a ressalva da presença de “*criação artística*”, de criatividade.²⁷⁴ Mesmo assim, a obrigatoriedade de proteção por todos os países ainda não integrou o texto da convenção.²⁷⁵ Durante os debates para revisão de Roma (1928), ficou mais evidente que os países-membros conferiam (ou não) proteção às fotografias de maneira muito diversa. Então,

Many countries took the view that this works should be protected as literary or artistic works if they possessed the same degree of originality or personal intellectual creation required for the other kinds of works. However, there was considerable difficulty in defining the exact content of this requirement in the case of a photographic work, because of the fear of extending protection to purely banal kinds of photograph such as instantaneous camera pictures of people and events.²⁷⁶

Durante o congresso que precedeu a Revisão de Bruxelas (1948), a França propôs que as fotografias e processos análogos que constituíssem *criações intelectuais* passassem a ser protegidos.²⁷⁷ Entretanto um sub-comitê vetou essa ressalva porque “*not only was the meaning of such a requirement ‘inexact’, but it was anomalous to apply to one particular category of work ‘a criterion which applied to all productions dealt with by the Convention’*”^{278 279} (grifos nossos). Por fim, esse entendimento foi mantido nas revisões seguintes e atualmente a fotografia recebe proteção como obra sem ressalvas.²⁸⁰

Mesmo assim, na Diretiva 2006/116/CE da União Européia que trata do prazo de proteção do direito de autor e de certos direitos conexos, publicada oficialmente já em 27 de

²⁷³ GINSBURG, Jane C.; RICKETSON, Sam. Op. cit. p. 443.

²⁷⁴ Ibid. p. 446-447.

²⁷⁵ Ibid. p. 447.

²⁷⁶ Ibid. p. 449.

²⁷⁷ Ibid. p. 450.

²⁷⁸ [Nota do Original]: Documents 1948 (1951), 111.

²⁷⁹ Ibid. p. 450.

²⁸⁰ Ibid. p. 451.

dezembro de 2006, traz ainda a seguinte observação a respeito da proteção da fotografia no âmbito da Convenção de Berna que reconhece a necessidade do requisito de *contributo mínimo*:

(16) A protecção das fotografias nos Estados-Membros é objecto de regimes diferentes. Uma obra fotográfica, na acepção da Convenção de Berna, **deve ser considerada original sempre que for criação intelectual própria do respectivo autor**, reflectindo a sua personalidade, sem que outros critérios, tais como o mérito ou a finalidade, sejam tomados em consideração. A protecção das outras fotografias deve poder ser regulada pela legislação nacional.^{281 282}
(grifos nossos)

Masouyé em “*Guide to the Berne Convention*” (publicado em 1978, ou seja, após a última revisão, Paris - 1971) também traz essa ressalva quanto a presença de *contributo mínimo* nas fotografias; onde percebemos que há a identificação da questão como um possível requisito:

It should be remembered that the Convention leaves open the possibility of refusing protection to certain categories of photographs. It might be thought to go too far to confer copyright on all photographs, including for example passport photos made automatically by special means (photomats). **It is up to the legislators to resolve these difficulties: some laws demand that to enjoy protection photographic works must bear an artistic or documentary character.**²⁸³
(grifos nossos)

No Brasil, a Lei de Direitos Autorais Brasileira de 1973 (Lei n.º 5.988) previu expressamente a ausência de proteção para determinados tipos de fotografia por ausência de *contributo mínimo*²⁸⁴. A atual LDA, entretanto, não faz mais essa ressalva²⁸⁵ porque, assim

²⁸¹ UNIÃO EUROPÉIA. *Directiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos (versão codificada)*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0116:PT:HTML>> Acesso em 27 out. 2009.

²⁸² Essa ressalva a respeito das obras fotográficas já constava da Diretiva 93/98/CEE, relativa à harmonização do prazo de proteção dos direitos de autor e de certos direitos conexos, que foi revogada pela Diretiva 2006/116/CE e que possuía texto similar: “17. Considerando que a protecção das fotografias nos Estados-membros é objecto de regimes diferentes; que, a fim de obter uma harmonização suficiente do prazo de protecção das obras fotográficas, e nomeadamente das que, dado o seu carácter artístico ou profissional têm importância no âmbito do mercado interno, é necessário definir o nível de originalidade requerido na presente directiva; que uma obra fotográfica, na acepção da Convenção de Berna, deve ser considerada como original sempre que for criação intelectual própria do respectivo autor, reflectindo a sua personalidade, sem que outros critérios, tais como o mérito ou finalidade, sejam tomados em consideração; que a protecção das outras fotografias pode ser deixada à lei nacional;” In UNIÃO EUROPÉIA. *Directiva 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0098:PT:HTML>> Acesso em 27 out. 2009.

²⁸³ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. p. 16.

²⁸⁴ “Art. 6º São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como: (...) VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística;” In BRASIL. *Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973: regula os direitos autorais e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5988.htm> Acesso em 07 mai. 2009.

²⁸⁵ “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...) VII - as obras fotográficas e as

como comentado a respeito da Convenção de Berna, também na legislação do direito interno brasileiro (LDA de 1998) a própria ressalva feita de que “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito”²⁸⁶ já engloba o contributo mínimo como requisito através da expressão “criações do espírito”. Nesse sentido é o entendimento crítico de Newton Paulo Teixeira dos Santos em relação a ressalva feita na LDA de 1973 de que as fotografias deveriam ser consideradas, além de uma “criação do espírito”, também uma “criação artística”:

Mas a dificuldade maior acarretada pelo texto legal não é esta. Ela é técnico-jurídica, e consiste no seguinte: já vimos que um dos princípios do Direito Autoral é o de que ele não protege a obra levando em conta sua qualidade. Jamais um julgador pode dizer que determinada criação está desamparada por ser medíocre, por exemplo. Basta que ela seja original; mesmo a novidade não importa. Assim, se dois fotógrafos fixarem o mesmo modelo, o segundo já não oferecerá uma novidade (de conteúdo objetivo), mas sem dúvida fará obra original (de conteúdo subjetivo).²⁸⁷

Ora, isto posto, como é que se vai exigir que o julgador afirme se determinada fotografia constitui ou não uma “criação artística”? Ele dirá: eu não sou crítico de arte, terei que me louvar num perito. Nessa hora, a sua decisão se encaminha para julgar a obra no seu mérito, o que lhe é vedado. O valor da obra não interessa ao Juiz que se limita a verificar se a criação contém uma originalidade. A idéia, o mérito, o gênero artístico, a maneira (veículo) de exprimir-se e o destino da obra, não lhe devem, digo, não lhe podem preocupar.

(...)

Portanto a simples referência a “obras fotográficas” seria suficiente, de vez que o caput do art. 6º já exclui por si aquelas em que não ocorre uma criação do espírito.²⁸⁸
(grifos nossos)

Podemos observar que o autor faz, portanto, distinção entre o conteúdo carregado pelas expressões “criações do espírito” e “criação artística”. Contudo, pela análise das discussões levadas aos congressos da Convenção de Berna, percebemos que o que o legislador brasileiro trouxe para a lei de 1973 foi exatamente do mínimo grau de criatividade na expressão “criação artística” para que não ocorresse proteção de uma criação que não apresentasse esse requisito. Discordamos também do autor no ponto em que afirma ser a originalidade, no sentido de contributo mínimo, um conteúdo subjetivo; pelo contrário, exatamente por ser, como ele próprio diz, requisito para ingresso de uma criação no âmbito do direito de autor, sua análise deve ser sempre feita sob um aspecto objetivo. Mesmo assim – e é esse o ponto que mais nos interessa nessa citação – percebemos que Newton Paulo Teixeira

produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;” In BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998: altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm> Acesso em 07 mai. 2009.

²⁸⁶ BRASIL. Art. 7º, *caput* da *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998: altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm> Acesso em 07 mai. 2009.

²⁸⁷ [Nota do Original]: Essa noção é básica no Direito de Autor, e todos são unânimes em reconhecê-la. Por sinal, ela é que faz o contraste existente entre as instituições da Propriedade Industrial e as do Direito de Autor. Uma das condições da validade das Patentes de Invenção reside, não na originalidade, entendida no sentido subjetivo da palavra, mas na novidade, tomada numa acepção objetiva.

²⁸⁸ SANTOS, Newton Paulo Teixeira dos. *A fotografia e o direito do autor*. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1990. p. 29-31.

dos Santos já reconhecia na expressão “criação do espírito” o condicionamento da aquisição de direitos de autor à presença do requisito do contributo mínimo.

3.1.5. Há Contributo Mínimo

De fato, não há previsão do contributo mínimo no texto literal da Convenção de Berna e acreditamos que isso deve ter incentivado o comentário do jurista Manoel Joaquim Pereira dos Santos de que “[a] Convenção de Berna não estabelece o requisito da originalidade”.²⁸⁹ Comenta também Daniel Gervais que “[t]here is no definition of the concept of ‘originality’ in international copyright treaties.”²⁹⁰ In fact, the requirement that a work be ‘original’ is not mentioned either.”²⁹¹ Contudo nada disso exclui de forma categórica a previsão e proteção do *contributo mínimo* como requisito. O próprio Gervais faz uma ressalva quanto a isso:

There are, however, several statements in records of diplomatic conferences and committees of experts meeting under the aegis of the World Intellectual Property Organization that confirm the requirement that originality be present, and that this is the only applicable criteria, to the exclusion of, e.g., artistic merit or purpose.²⁹²

The expression "work" itself is only "defined" officially by the list of categories of works in Article 2 of the Berne Convention.²⁹³ **However, a WIPO²⁹⁴ Committee of Experts concluded**

²⁸⁹ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. A proteção autoral de programas de computador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 123.

²⁹⁰ [Nota do Original]: Actually, very few national laws contain such a definition. We studied ninety-three national laws and found a specific definition of originality in only three national laws, namely Bulgaria, Burkina Faso and Malaysia. See GERVAIS, supra note 131, at 72-76. Indirectly, a definition is contained in the two European Union directives that require that a work be the result of the author's "own intellectual creation." See note 64 supra; and *Bridgeman Art Library, Ltd. v. Corel Corp.*, 36 F. Supp. 2d 191, 195 (S.D.N.Y. 1998).

²⁹¹ GERVAIS, Daniel J. *Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law*. 49 *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* (2002) Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=daniel_gervais> Acesso em 12 ago. 2009. p. 970-971.

²⁹² [Nota do Original]: One additional criterion would be that the subject matter to be protected fit within one of the categories of works (literary and artistic) as defined in Article 2(1) and (5) of the Berne Convention and in national laws, such as 17 U.S.C. § 101. It is interesting to put this in parallel with the Supreme Court dictum in *Feist* according to which originality was the "key to resolving the tension" among the conflicting approaches to copyright. *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991). / The first statement on originality was made during the Revision Conference of the Berne Convention held at Rome from May 7 to June 2, 1928. The Acts of this conference were originally published only in French (*Actes de la Conférence réunie à Rome du 7 mai au 2 juin 1928* - Berne: Bureau de l'Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, 1929), but WIPO published an English translation of the records of all Berne revision conferences on the occasion of the centenary of the Berne Convention. See WIPO, 1886-1986: *BERNE CONVENTION CENTENARY* (1986). In the General Report, rapporteur Edoardo Piola Caselli wrote: "The protection enjoyed by other works of art should be reserved for cinematographic productions which meet the requirements of originality laid down in paragraph (2) [of Article 14]. In order to show clearly that the only requirement concerned here is that of the originality with which every work of the mind must be endowed" *Id.* at 174.

²⁹³ [Nota do Original]: See supra note 12, Article 2(1), which reads as follows: / The expression "literary and artistic works" shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression, such as books, pamphlets and other writings; lectures, addresses, sermons and other works of the same nature; dramatic or dramatico-musical works; choreographic works and entertainments in dumb show; musical compositions with or without words; cinematographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to cinematography; works of drawing, painting, architecture, sculpture, engraving and lithography; photographic works to which are assimilated works expressed by a process analogous to photography; works of applied art; illustrations, maps, plans, sketches and three-

that this expression was synonymous with "intellectual creation,"²⁹⁵ and that such creation should contain "an original structure of ideas or impressions."²⁹⁶ The same committee also noted that originality "was an integral part of the definition of the concept of 'work.'"²⁹⁷

In its memorandum for the meeting of the Committee of Experts, the International Bureau of WIPO explained:

Although this is not stated explicitly in Article 2(1) [of the Berne Convention], the context in which the words 'work' and 'author' are used in the Convention – closely related to each other – indicates that only those productions are considered works which are intellectual creations (and, consequently, only those persons are considered authors whose intellectual creative activity brings such works into existence). This is the first basic element of the notion of literary and artistic works.

The records of various diplomatic conferences adopting and revising the Berne Convention reflect that the reason why Article 2(1) of the Convention does not state explicitly that works are intellectual creations is that that element of the notion of works was considered to be evident.^{298 299}

(grifos nossos)

3.2. TRIPS E O COMÉRCIO INTERNACIONAL

Em matéria de direito de autor o TRIPs incorpora expressamente parte substancial da Convenção de Berna: artigos 1 à 21, com exceção do 6 bis que trata dos direitos morais de autor. Portanto, tudo o que foi dito a respeito *do contributo mínimo* na Convenção de Berna vale também para o TRIPs, mesmo para aqueles membros que não assinaram a Convenção de Berna; pois todos os signatários do TRIPs estão vinculados ao texto da última revisão de Berna, revisão de Paris de 1971.³⁰⁰

Além disso, o TRIPs, assim como a Convenção de Berna, ainda traz previsão implícita a respeito de compilação de dados que contenham *contributo mínimo*:

Artigo 10. 2 - As compilações de dados ou de outro material, legíveis por máquina ou em outra forma, **que em função da seleção ou da disposição de seu conteúdo constituam criações**

dimensional works relative to geography, topography, architecture or science. / A copy of the 1971 Act (latest) Convention is available at <http://www.wipo.int/treaties/ip/berne/index.html>.

²⁹⁴ [Nota do Original]: World Intellectual Property Organization. See <http://www.wipo.int>.

²⁹⁵ [Nota do Original]: The concept of intellectual creation has been acknowledged as a synonym of work in several international meetings. See GERVAIS, supra note 131, at 45-49.

²⁹⁶ [Nota do Original]: WIPO Committee of Experts on Model Provisions for Legislation in the Field of Copyright, First Session, document CE/MPC/I/3, of March 3, 1989, at 16. (The Committee Report also states, "Originality [is] part of the definition of 'work' and ... a reference to it should be included in Section 2(1) The idea of providing a definition of the concept of 'work' was, however, opposed by a number of participants; it was felt that that question should rather be left to national legislation and/or to the courts.") Id.

²⁹⁷ [Nota do Original]: Id. While international meetings of this nature are not normative in nature, their findings are relevant as doctrinal input and in certain cases may reflect an existing international custom (see Article 38(1)(b) of the Statute of the International Court of Justice). The history of the Convention was also used extensively by a WTO dispute-settlement panel to interpret provisions of the Convention that were incorporated by reference into the TRIPs Agreement. See supra note 77.

²⁹⁸ [Nota do Original]: Draft Model provisions for Legislation in the Field of Copyright. Memorandum prepared for the WIPO Committee of Experts on Model Provisions for Legislation in the Field of Copyright, document CE/MPC/I/2-III of Oct. 20, 1988, at 10. Emphasis in original text. The second element of the definition is that "is determined by the adjectives literary and artistic." Id.

²⁹⁹ GERVAIS, Daniel J. Op. cit. p. 971-972.

³⁰⁰ UNCTAD-ICTSD. *Resource Book on TRIPs and Development*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 139-141.

intelectuais, deverão ser protegidas como tal. Essa proteção, que não se estenderá aos dados ou ao material em si, se dará sem prejuízo de qualquer direito autoral subsistente nesses dados ou material.³⁰¹
(grifos nossos)

Sobre esse artigo, assim é comentado no guia para o TRIPs da UNCTAD-ICTSD:

A database may be defined simply as a collection of data. For the purpose of determining whether a collection of data qualifies for copyright protection, other elements are incorporated into this definition. The Berne Convention does not use the word “database”, but instead specifies in Article 2(5) that “collections” of literary and artistic works which “by reason of the selection and arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such.”

Thus, a collection of short stories, or anthologies, or a collection of scholarly works, would be eligible for copyright protection under the Berne Convention, independent of the copyright status in the stories or scholarly works, so long as the “selection and arrangement” of the contents reflect some intellectual creativity. This is, in essence, a requirement for originality.

TRIPs Article 10.2 broadens the concept of a database. It provides that “compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such. Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself.” **Consequently, under TRIPs, compilations of copyrightable and non-copyrightable material should be protected so long as the requisite level of originality in the selection *or* arrangement is satisfied.**³⁰²
(grifos nossos)

E continua:

It is important to specify the difference in requirements under TRIPs and Berne. TRIPs Article 10.2 requires originality in either the selection or arrangement of the material. The Berne Convention requires originality in the selection “and” arrangement. In effect, the TRIPs Agreement relaxes the Berne Convention standard for originality. This interpretation is consistent with the broad language employed by TRIPs Article 10 that defines the subject of a compilation as “data” and “other material” in any form.³⁰³

São, então, duas as principais diferenças entre a previsão de proteção para compilações da Convenção de Berna e do TRIPs. Pela Convenção de Berna a compilação deve constituir-se obra literária ou artística³⁰⁴, já pelo TRIPs a compilação se estende também a dados ou outros materiais. Além disso, sob o escopo da proteção da Convenção de Berna a compilação deve apresentar *contributo mínimo* “na seleção *e* na disposição do conteúdo compilado”, enquanto o TRIPs abre o leque para que haja presença de *contributo mínimo* “na seleção *ou* na disposição do conteúdo compilado”. Assim, estamos aqui diante de previsões Berna-plus.

³⁰¹ INTERNACIONAL. *TRIPs - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio*. In BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: a aplicação do acordo TRIPs*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁰² UNCTAD-ICTSD. Op. cit. p. 164.

³⁰³ UNCTAD-ICTSD. Op. cit. p. 164. nota de rodapé n. 101.

³⁰⁴ GINSBURG, Jane C.; RICKETSON, Sam Op. cit. p. 488-489.

Entretanto, não houve nenhum painel no fórum da OMC que tratasse especificamente a respeito dos parâmetros necessários para que uma criação seja protegida por direito de autor.³⁰⁵

3.3. WCT - CONVENÇÃO DA OMPI SOBRE DIREITO DE AUTOR

A Convenção da OMPI sobre direito de autor, também conhecida como WCT (sigla em inglês para WIPO Copyright Treaty), foi assinada em 1996 e entrou em vigor em 6 de março de 2002³⁰⁶. O Brasil não é signatário dessa convenção. Essa convenção veio complementar a Convenção de Berna, conforme a própria indica essa possibilidade no artigo 20:

Os governos dos países da União reservam-se o direito de celebrar entre si acordos particulares, desde que tais acordos concedam aos autores direitos mais extensos do que aqueles conferidos pela Convenção ou que contenham estipulações diferentes não contrárias à mesma. As disposições dos acordos existentes que correspondem às condições acima indicadas continuam em vigor.³⁰⁷

Dessa forma, segundo disposto já em seu artigo 1º, a Convenção da OMPI também esclarece que não derroga nenhuma disposição da Convenção de Berna e pelo declarado em seu preâmbulo, a convenção tem o objetivo de criar regras para novas formas de proteção.

Como já pôde ser visto acima ao tratarmos da Convenção de Berna (item 3.1.2), há diversos estudos da própria OMPI que reconhecem que o WCT exige que haja *contributo mínimo* para aquisição de proteção das compilações de dados e outros materiais, conforme se pode inferir de seu texto:

Article 5. Compilations of Data (Databases). Compilations of data or other material, in any form, **which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations**, are protected as such. This protection does not extend to the data or the material itself and is without prejudice to any copyright subsisting in the data or material contained in the compilation.³⁰⁸
(grifos nossos)

³⁰⁵ UNCTAD-ICTSD. Op. cit. p. 148.

³⁰⁶ WIPO – WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *WIPO Copyright Treaty*. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html#P8_189> Acesso em 13 ago. 2009.

³⁰⁷ INTERNACIONAL. *Convenção Universal sobre Direito de Autor*. In SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003.

³⁰⁸ INTERNACIONAL. *WIPO Copyright Treaty*. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html> Acesso em 24 out. 2009.

No texto do tratado disponível no site da OMPI, há o seguinte comentário, em nota de rodapé, acerca desse artigo:

Agreed statements concerning Article 5: The scope of protection for compilations of data (databases) under Article 5 of this Treaty, read with Article 2, is consistent with Article 2 of the Berne Convention and on a par with the relevant provisions of the TRIPS Agreement.³⁰⁹

Também aqui se trata de um dispositivo Berna-plus. Assim como no TRIPS, o WTC confere proteção para compilações de dados e outros materiais (complementando a previsão da Convenção de Berna que garante proteção para compilação de obras literárias ou artísticas) e determina que o *contributo mínimo* deve estar presente “na seleção *ou* na disposição do conteúdo compilado”. Nesse sentido são os comentários no estudo da UNCTAD-ICTSD:

WCT Article 5 is substantially similar to the provisions of TRIPS Article 10.2. It provides that “compilations of data or other material, in any form, which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations, are protected as such. This protection does not extend to the data or the material itself and is without prejudice to any copyright subsisting in the data or material contained in the compilation.” Like TRIPS, the WCT extends protection to “data” broadly defined to include both copyrightable and non-copyrightable material. Further, like Article 10.2, the WCT premises such protection on the presence of some intellectual creativity or originality as manifested in the author’s selection of the materials or in their arrangement. The WCT, by closely tracking the language in TRIPS, effectively relaxed the standard for originality in the Berne Convention as suggested earlier.³¹⁰

3.4. CONVENÇÃO UNIVERSAL DO DIREITO DE AUTOR

A Convenção Universal do Direito de Autor foi assinada em 1952, em Genebra, e revista, em 1971, em Paris. No Brasil, a promulgação da primeira versão foi publicada em 03 de agosto de 1960³¹¹ e a da versão revista em Paris foi publicada em 24 de dezembro de 1975³¹².

Como a Convenção de Berna exigia que os Estados ratificantes adotassem padrões mínimos de proteção (*minimum standards*), muitos países, dentre eles os Estados Unidos, ficaram de fora da União.³¹³ Assim, foi criada a Convenção Universal do Direito de Autor, em 1952, para inserir os Estados Unidos, diversos países da América Latina, países da antiga

³⁰⁹ Ibid. nota de rodapé n. 5.

³¹⁰ UNCTAD-ICTSD. Op. cit. p. 167-168.

³¹¹ BRASIL. Decreto nº 48.458, de 4 de Julho de 1960: promulga a Convenção Universal sobre Direito de Autor, concluída em Genebra, a 6 de setembro de 1952. Diário Oficial da União. Seção 1. 03/08/1960. p. 10981. LEXML. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1960-07-04:48458>> Acesso em 06 out. 2009.

³¹² BRASIL. Decreto nº 76.905, de 24 de Dezembro de 1975: promulgada a Convenção Universal sobre Direito de Autor, revisão de Paris, 1971. Diário Oficial da União. Seção 1. 26/12/1975. p. 17079. LEXML. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1975-12-24:76905>> Acesso em 06 out. 2009.

³¹³ BARBOSA, Roberto Garza. *Revisiting international copyright law*. Barry Law Review, Vol. 8, p. 43, Spring 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=987090>> Acesso em 01 set. 2009. p. 52.

União Soviética e diversos países da África e Ásia em um tratado internacional para proteção de direitos de autor que não possuísse uma forma tão rígida.³¹⁴ Segundo José de Oliveira Ascensão, foram quatro os fatores fundamentais que justificaram o surgimento dessa convenção:

- 1) a pretensão de representar uma convenção verdadeiramente universal, por oposição a uma Convenção de Berna ainda então demasiadamente européia;
- 2) a intenção de superar os obstáculos derivados da existência de sistemas tecnicamente diferentes, sobretudo os europeus e os americanos, mediante estabelecimento de uma base mínima de proteção, facilmente aceitável por todos;
- 3) a consagração duma fórmula para os Estados Unidos se colocarem no centro do movimento protecionista do direito de autor sem aceitarem as exigências da Convenção de Berna;
- 4) o aproveitamento da UNESCO como entidade administradora, dada a oposição existente entre a UNESCO e a atual OMPI, que ao tempo não era ainda agência especializada das Nações Unidas.³¹⁵

Para que não houvesse um esvaziamento de membros da Convenção de Berna, a Convenção Universal determinou que suas disposições em nada afetavam as da Convenção de Berna.³¹⁶ Além disso, exigiu adesão obrigatória não sujeita a reservas a uma declaração que, entre outras disposições, determinava que o país signatário que denunciasse a Convenção de Berna não gozaria de proteção através da Convenção Universal nos países-membros desta que também fossem membros de Berna.³¹⁷ O objetivo dessa norma era impedir que uma convenção competisse com a outra.³¹⁸

³¹⁴ Ibid. p. 52.

³¹⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 641.

³¹⁶ INTERNACIONAL. *Convenção Universal sobre Direito de Autor*. “Artigo 17 - 1. A presente convenção em nada afeta as disposições da convenção de Berna Para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, nem obsta a que os estados contratantes pertençam à União criada por esta última convenção. 2. para efeitos de aplicação do parágrafo precedente, uma declaração é anexada a este artigo e fará parte integrante da presente convenção para os estados vinculados pela Convenção de Berna à data de 1 de janeiro de 1951 ou que a ela tenham aderido ulteriormente. A assinatura da presente convenção pelos estados acima mencionados vale como assinatura da referida declaração. A ratificação ou aceitação da presente convenção ou qualquer adesão à mesma, pelos referidos estados, vale igualmente como ratificação, aceitação da dita declaração, ou adesão à mesma.” In SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003. p. 231-259.

³¹⁷ INTERNACIONAL. *Convenção Universal sobre Direito de Autor*. “Declaração anexa Relativa ao artigo 17. Os Estados membros da União Internacional Para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (abaixo, denominados a União de Berna), parte na presente Convenção Universal. / Desejando estreitar as suas relações recíprocas, em conformidade com a dita União, e evitar todos os conflitos que possam resultar da coexistência da Convenção de Berna e da Convenção Universal Sobre o Direito de Autor. / Reconhecendo a necessidade temporária, para certos estados, de adaptar seu grau de proteção do direito de autor ao seu nível de desenvolvimento cultural, social e econômico. / Aceitaram, de comum acordo, os termos da seguinte declaração: a) ressalvadas as disposições da alínea "b", as obras que, nos termos da Convenção de Berna, têm como países que haja abandonado, depois de 1 de janeiro de 1951, a União de Berna não serão protegidas pela Convenção Universal Sobre o Direito de Autor, nos países da União de Berna; b) caso um estado contratante seja considerado como sendo um país em vias de desenvolvimento, em conformidades com a prática estabelecida na Assembléia-Geral das Nações Unidas, e tenha depositado junto ao Diretor-Geral da Organização das Nações Unidas Para a Educação, a Ciência e a Cultura, no momento de sua retirada da União de Berna, uma notificação pelos termos da qual ele declara que se considera como país em vias de desenvolvimento, as disposições da alínea "a" não se aplicarão durante o tempo em que esse estado possa, em conformidade com as disposições do artigo V, "bis", prevalecer-se das exceções previstas pela presente convenção; c) a Convenção Universal Sobre o Direito de Autor não será aplicável, nas relações entre os países vinculados pela Convenção de Berna, no

Com o passar do tempo e a adesão dos Estados Unidos à Convenção de Berna, não era mais interessante para esse país a manutenção de um fórum de direitos autorais na UNESCO.³¹⁹ Os Estados Unidos adotaram então a estratégia de *forum-shifting* para a OMPI e de *forum-blocking* em relação à UNESCO.³²⁰ Em uma reunião de países-membros foi decidido que os direitos de autor não estão entre os temas prioritários na UNESCO, mesmo tendo ela como um dos objetivos “criar condições para a mais vasta difusão possível das obras fruto da mente humana”³²¹. Como consequência, o diretor-geral da instituição não mais aloca fundos para a área de direitos autorais, criando-se, assim, um ciclo vicioso: sem fundos essa área não tem como fazer nada de significativo; sem que ela faça nada de significativo, não há porque custeá-la.³²² Desse modo, a UNESCO passou a representar um papel de organização com status de observadora no âmbito dos direitos autorais³²³ e a Convenção Universal perdeu muito de sua importância³²⁴.

Exatamente por ser um tratado com padrões mínimos menos rígidos, a Convenção Universal não faz qualquer menção, mesmo que implícita, ao *contributo mínimo*. Na verdade, até mesmo sobre seu próprio objeto de proteção, como se pode notar abaixo, dispõe muito vagamente:

Artigo 1. Os estados contratantes comprometem-se a tomar todas as disposições necessárias para assegurar a proteção suficiente e eficaz dos direitos dos autores e de quaisquer outros titulares dos mesmos direitos sobre as obras literárias, científicas e artísticas, tais como os escritos, as obras musicais, dramáticas e cinematográficas, as pinturas, gravuras e esculturas.³²⁵

3.5. CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE OS DIREITOS DE AUTOR (CONVENÇÃO DE WASHINGTON)

Não foi criada apenas uma Convenção Interamericana sobre Direitos de Autor, houve uma série delas, tendo sido a primeira a Convenção de Montevidéu de 1889 e a última a

que se refere à proteção das obras que, nos termos da referida Convenção de Berna, tenham como país de origem um dos países da União de Berna.” In IBID. p. 231-259.

³¹⁸ BARBOSA, Roberto Garza. Op. cit. p. 52.

³¹⁹ BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Op. cit. p. 564-565.

³²⁰ Ibid. p. 564-565. SELL, Susan K. *Cat and Mouse: Industries', States' and NGOs' forum-Shifting in the battle over intellectual property enforcement*. (September 1, 2009). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1466156>> Acesso em 24 out. 2009. p. 5.

³²¹ Tradução livre para “to create the conditions for the widest possible diffusion of works of the human mind” constante do documento da UNESCO citado por BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Op. cit. p. 564.

³²² BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. Op. cit. p. 565.

³²³ Ibid. p. 565.

³²⁴ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 193.

³²⁵ INTERNACIONAL. *Convenção Universal sobre Direito de Autor*. In SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003. p. 231-259.

Convenção de Washington em 1946,³²⁶ ainda em vigor,³²⁷ cujo texto substituiu todas as outras.³²⁸ O Brasil é parte integrante da Convenção de Washington.³²⁹

Segundo José de Oliveira Ascensão,

O grande momento para as convenções interamericanas pareceu surgir com o fim da guerra. Os Estados Unidos da América, querendo consolidar por tratado as vantagens que lhe advieram da posição de grande exportador de obras intelectuais em que se viram constituídos, promoveram a aprovação de uma Convenção Interamericana que substituísse as anteriores e unificasse as técnicas diferentes em vigor no continente americano. Queriam assim também fazer um bloco perante a Convenção de Berna, que lhes não parecia utilizável.

Fez-se efetivamente a Convenção, apesar das dificuldades³³⁰, em Washington, em 1946. Mas o direito interamericano não acusou qualquer desenvolvimento depois disso, pois os Estados Unidos preferiram usar como instrumento a Convenção Universal, de que já falamos, em grande parte utilizando a experiência obtida na elaboração da Convenção de Washington. Parece assim que a linha evolutiva das convenções interamericanas tocou o seu termo.³³¹

Delia Lipszyc aponta que, de fato, desde o início, muitos já eram os obstáculos:

Toda esta actividad internacional estuvo marcada por diversos obstáculos; los menores no fueron, ciertamente, la dificultad en compatibilizar el sistema jurídico de los países latinoamericanos con el de los Estados Unidos de América y el desinterés de este, así como de otros países del Continente, en adherir a las convenciones, aun cuando participaran – a veces en forma activa – en su preparación y en la elaboración de los trabajos de las Conferencias, y las suscribieran. Los esfuerzos en pos de una convención que lograra panamericanizarse se sucedían uno tras otro, pero no alcanzaron su meta.³³²

(...)

En la actualidad, la importancia de las Convenciones del sistema interamericano reside en su valor histórico. Si bien muchas de ellas siguen formalmente en vigor, su aplicación entre los países del Continente (y entre algunos de estos y los europeos que adherieron al Tratado de Montevideo de 1889) ha sido desplazada por la adhesión al Convenio de Berna y a la Convención Universal.³³³

³²⁶ BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007. p. 134-135.

³²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 643.

³²⁸ “Artigo 17. 1. A presente Convenção substitui-rá entre os Estado Contratantes sôbre a Propriedade Literária e Artística, subscrita em Buenos Aires a 11 de agôsto de 1910, e a Revisão da mesma Convenção, subscrita em Havana a 18 de fevereiro de 1928, bem como tôdas as convenções interamericanas anteriores sôbre direito de autor, mas não afetará os direitos adquiridos de acôrdo com ditas convenções.” In REGIONAL. *Convenção Interamericana, sobre direitos de autor, em obras literárias, científicas e artísticas*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=79373>> Acesso em 21 ago. 2009.

³²⁹ O Brasil publicou a ratificação através do decreto legislativo nº 12, de 1948 e a promulgação através do decreto nº 26.675, de 18 de maio de 1949. BRASIL. *Decreto Legislativo nº 12, de 14 de dezembro de 1948*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=79373>> Acesso em 21 ago. 2009.; BRASIL. *Decreto nº 26.675, de 18 de maio de 1949: promulga a Convenção Interamericana sobre os Direitos de Autor em obras literárias, científicas e artísticas, firmada em Washington, a 22 de junho de 1946*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=106626>> Acesso em 21 ago. 2009.

³³⁰ [Nota do Original]: Sobre esta, veja-se o relatório de Hermano Duval, publicado no *Arquivo Judiciário*, XXXVI, abril a junho de 1948, págs. 57-61.

³³¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 643-644.

³³² LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. París: UNESCO; Bogotá: CERLALC; Buenos Aires: Zavalía, 1993. p. 605.

³³³ Ibid. p. 617.

José de Oliveira Ascensão ainda observa que, mesmo assim, as convenções interamericanas geraram alguns frutos:

O grande problema que surge sempre na conciliação do direito anglo-americano com o romanístico resulta de aquele conceber o direito de autor com um privilégio de reprodução (copyright), que é totalmente alheio a uma proteção pessoal do autor. A Convenção Interamericana cabe o mérito de ter lançado uma ponte entre as duas opostas concepções. A Convenção Universal prosseguiu na senda assim aberta.³³⁴

Quanto ao requisito do contributo mínimo, observamos, contudo, que no texto da Convenção de Washington não há qualquer menção sequer que possa nos remeter, explícita ou implicitamente, a ele.³³⁵ Portanto, fazemos aqui menção a ela apenas em prol da completude da pesquisa.

3.6. CONTRIBUTO MÍNIMO NO DIREITO COSTUMEIRO

O direito costumeiro, entendido como “prova de uma prática geral aceita como direito”³³⁶, segundo entendimento da CIJ, para ser constituído precisa apresentar a prática reiterada e a convicção de que essa prática se tornou uma obrigação jurídica (*opinio juris*).³³⁷ Há, entretanto, quem defenda que o fator tempo não é mais necessário para constituição do direito costumeiro, pois atualmente, devido a avanços científicos e tecnológicos, as mudanças são muito rápidas e o direito costumeiro deve se adaptar a essa nova realidade. Dessa forma, bastaria apenas a presença da *opinio juris*, justificando que “desde que se comprove que determinada ‘prática é conseqüente e generalizada, nenhuma duração é requerida (...) uma prática prolongada não é necessária”³³⁸.

Apesar de não ter como se precisar o momento do surgimento de um direito costumeiro, há várias formas de se provar a existência do costume, tais como a norma interna

³³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 644.

³³⁵ REGIONAL. *Convenção Interamericana, sobre direitos de autor, em obras literárias, científicas e artísticas*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextIntegral.action?id=79373>> Acesso em 21 ago. 2009.

³³⁶ Estatuto da Corte Internacional de Justiça, artigo 38. In INTERNACIONAL. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/ONU-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>> Acesso em 19 out. 2009.

³³⁷ Esse é o entendimento da Corte Internacional de Justiça – CIJ no caso da Plataforma Continental do Mar do Norte julgado em 20 de fevereiro de 1969 e que tinha como partes a República Federal da Alemanha, a Dinamarca e os Países Baixos. In ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Manual de direito internacional publico*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129.

³³⁸ BROWNLIE, Ian apud ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Manual de direito internacional publico*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129. Também aponta a existência de um entendimento que afirma haver a “*instant customary law*”: SHAW, Malcolm Nathan. *International Law*. 5. ed. Press Syndicate of the University of Cambridge: Cambridge, 2003. p. 68-87.

de diferentes países apontando para a mesma solução, a jurisprudência internacional, o teor de tratados internacionais e os trabalhos preparatórios desses tratados³³⁹.

Em um caso levado ao Painel de Soluções de Controvérsias da OMC pela Comunidade Européia e seus Estados-membros em face dos Estados Unidos, foi determinada a existência de direito costumeiro em matéria de direito de autor.³⁴⁰ No caso discutia-se questões que envolviam “limitações” ao direito de autor; assunto que não cabe ser aqui analisado. O que nos interessa, entretanto, é que com base nos relatórios da OMPI a respeito das revisões da Convenção de Berna e em disposições sobre interpretação da Convenção de Viena, o Painel de Solução de Controvérsias da OMC decidiu que há direito costumeiro que garante “limitações” mais amplas do que as expressamente constantes no texto dessa convenção e coadunantes com as “limitações” expressamente previstas no texto do TRIPs: o *acquis* de Berna (*Berne acquis*).³⁴¹ Portanto, encontramos o direito de autor em normas costumeiras.

O instituto do *contributo mínimo* acabou seguindo também esse caminho pelo direito costumeiro. A necessidade da presença do *contributo mínimo* em uma criação para que ela possa ser protegida por direito de autor já foi pauta de reuniões na OMPI³⁴². Em uma reunião, em julho de 2009³⁴³, abriu-se uma discussão a respeito da presença do *contributo mínimo* nos moldes adotados pelo julgamento conhecido como Caso *Feist*³⁴⁴ nos Estados Unidos e se havia previsão desse *contributo mínimo* na Convenção de Berna. Os membros presentes chegaram a conclusão de que o requisito do *contributo mínimo* é uma norma de direito costumeiro em total consonância com o regime de proteção da Convenção de Berna (e também do TRIPs) – à luz da norma contida no enunciado do artigo 19 da Convenção de Berna³⁴⁵.

³³⁹ REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 122-124.

³⁴⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION - WTO. *United States – section 110(5) of the US Copyright Act. Report of the Panel*. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDdocuments/t/WT/DS/160R-00.doc>> Acesso em 19 out. 2009.

³⁴¹ *Ibid.* p. 26-30.

³⁴² Já apontamos isso no item 3.1.5.

³⁴³ Reunião realizada em Genebra, na qual o Prof. Dr. Denis Borges Barbosa estava presente.

³⁴⁴ Será abordado no capítulo 4.

³⁴⁵ “Artigo 19. As disposições da presente Convenção não impedem que se reivindique a aplicação de disposições mais amplas que venham a ser promulgadas na legislação de qualquer país unionista.” In INTERNACIONAL. *Convenção de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, Revista em Paris, a 24 de julho de 1971*. In SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003. p. 181-229.

3.6.1. Declaração Universal dos Direitos do Homem

Além disso, em matéria de direito internacional costumeiro, cabe mencionarmos a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Norberto Bobbio comenta que

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente conhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo.³⁴⁶

Certamente, hoje, apesar de ainda haver controvérsias a respeito da natureza normativa da Declaração Universal dos Direitos do Homem, muitos são os autores que têm apontado para seu reconhecimento como norma cogente de direito costumeiro^{347 348}. A esse respeito assim falam Michael J. Trebilcock e Robert Howse:

International law is increasingly treating fundamental basic human rights as a part of customary international law. First, the Universal Declaration on Human Rights is now deemed to possess a normative, obligatory character that gives at least portions of it in the status of customary international law. Although not a treaty, and therefore not binding, the UDHR is so widely accepted by governments that they invoke it, refer to it, and use it as a guide for fashioning constitutional and other laws as well as for formulating both domestic and foreign policy. Its acceptance by states has been so total and universal that it may now be said to meet the standard of *opinion juris sive necessitates*, a practice that states follow out of sense of legal obligation. Mary Ann Glendon has written that the UDHR 'is already showing signs of having achieved the status of holy writ'.^{349 350}

³⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 29-30.

³⁴⁷ ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G. E. Op. cit. p. 456; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 149-152; SHAW, Malcolm Nathan. Op. cit. p. 260. nota de rodapé 69. HOWSE, Robert; TREBILCOCK, Michael J. Op. cit. p. 580.

³⁴⁸ Há quem diga que a Declaração Universal dos Direitos do Homem possui força jurídica não por ter sido incorporada pelo direito costumeiro, mas sim por ser uma interpretação autorizada da expressão "direitos humanos" constante da Carta das Nações Unidas e dela, assim, fazer parte. Sobre o tema fala Flávia Piovesan citando Paul Sieghart: "Por isso, como já aludido, a Declaração Universal tem sido concebida com a interpretação autorizada da expressão 'direitos humanos', constante da Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante. Os Estados membros das Nações Unidas têm, assim, a obrigação de promover o respeito e a observância universal dos direitos proclamados pela Declaração. Nesse sentido, estabelece o art. 28 da Declaração que todos têm direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades sejam plenamente realizados. Ao tecer a inter-relação entre a Declaração Universal e a Carta da ONU, acentua Paul Sieghart: "Ainda um outro argumento, e um argumento que entendo pessoalmente persuasivo, é aquele que considera a Carta da ONU e a Declaração como documentos inter-relacionados. O art. 55 da Carta prevê que as Nações Unidas devem promover o respeito e a observância universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e o art. 56 adiciona que todos os Membros se comprometem a intentar ações conjuntas ou separadas para o alcance dos propósitos enunciados no art. 55. A Carta nunca definiu os 'direitos humanos e as liberdades fundamentais' que os Estados membros da ONU se comprometem a respeitar e observar, mas a Declaração traz a definição, com uma clara referência ao compromisso dos Estados em seu próprio preâmbulo'." In PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 148-149.

³⁴⁹ [Nota do Original]: Mary Ann Glendon, *Knowing the Universal Declaration of Human Rights*, 73 *Notre Dame L. Rev.* 1153 (1998).

³⁵⁰ HOWSE, Robert; TREBILCOCK, Michael J. Op. cit. p. 581.

Sob o aspecto do direito de autor, a Declaração Universal dos Direitos do Homem traz expressamente dispositivos que apontam para a tensão entre o direito à cultura e o direito de exclusivo autoral:

Artigo XXVII

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.
2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.³⁵¹

Dessa forma, a proteção tanto ao direito à cultura como ao direito de autor sobre as obras, reconhecidos como direitos humanos, são normas de direito costumeiro. Logo, também sob esse aspecto encontramos norma de direito de autor reconhecida pelo costume. A respeito do enunciado desse artigo XXVII, comenta Guilherme Carboni que “verifica-se, pois, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrou como direitos humanos tanto o direito à cultura como o direito de autor, o que significa que deve haver um equilíbrio entre eles.”³⁵²

Nesse contexto, sendo o *contributo mínimo*, como já dissemos (cap. 1 e 2), juntamente com o tempo de duração do exclusivo e as “limitações” ao mesmo, a medida para o balanceamento entre a proteção autoral exclusiva e o direito de acesso à cultura, podemos então interpretar que o *contributo mínimo*, o tempo de duração da proteção e as “limitações” ao direito de autor são normas costumeiras extraídas da interpretação do texto da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Sobre essa questão do balanceamento de direitos, assim destacam Michael J. Trebilcock e Robert Howse:

Human rights norms require some protection of an author’s control over and ability to obtain compensation for their work or invention. This is reflected in Article 15 of the UN Covenant on Economic, Social and Cultural rights, as noted in a 2001 Statement by the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights:

Article 15.1 (c) of the Covenant, together with article 27 of the Universal Declaration on Human Rights, **requires the protection of the moral and material interests of authors in their works. The Committee considers that these intellectual property rights must be balanced with the right to take part in cultural life and to enjoy the benefits of scientific progress and its applications. Moreover, article 15.2 of the Covenant requires that States parties undertake steps necessary for conservation, development and diffusion of science and culture. To be consistent with a human rights-based approach, intellectual property regimes should be conducive to realizing these goals. The Committee therefore encourages the development of intellectual property systems and the use of intellectual property rights in a balance manner that meets the objective of providing protection for the moral**

³⁵¹ INTERNACIONAL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. In PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 389-393.

³⁵² CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 101.

and material interests of authors, and at the same time promotes the enjoyment of these and other human rights.³⁵³

This notion of a balance between intellectual property rights and other human rights may have interpretative significance in applying the various exceptions and limitations provisions of TRIPs, including exceptions that relate to educational and other ‘fair use’ of copyrighted material; it should be noted that in the WTO TRIPs Agreement itself there are statements about the importance of applying the Agreement with a view to an appropriate balance between the interests of creators and users of intellectual property.³⁵⁴
(grifos nossos)

Apesar dos autores geralmente só incluírem somente as “limitações” nesse balanceamento, entendemos que o tempo de duração dos direitos de autor e o *contributo mínimo* encontram-se no centro desse balanceamento tanto quanto as “limitações” (vide item 6.2). Portanto defendemos que a observância ao requisito do *contributo mínimo* também decorre do balanceamento presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e que sua aplicação se faz imprescindível para que se possa atingir o equilíbrio entre os direitos humanos de proteção autoral e acesso à cultura.

3.7. PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Uma vez que não é pacífico o reconhecimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem como obrigação jurídica³⁵⁵, seja como direito costumeiro, seja como norma decorrente da interpretação da Carta das Nações Unidas³⁵⁶; a ONU elaborou dois tratados sobre o tema a fim de superar essa questão e criar obrigações relacionadas aos direitos humanos proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.³⁵⁷ São eles o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Tendo em vista o objetivo de que o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais fosse um tratado elaborado para criar obrigação jurídica acerca dos direitos

³⁵³ [Nota do Original]: ‘Human Rights and Intellectual Property’, UN Doc. E/C.12/2001/15, 21 November 2001, para. 4.

³⁵⁴ HOWSE, Robert; TREBILCOCK, Michael J. Op. cit. p. 585-586.

³⁵⁵ Nesse sentido Celso D. de Albuquerque Mello diz que “A Declaração Universal dos Direitos do Homem não possui qualquer valor de obrigatoriedade para os Estados. Ela não é um tratado, mas uma simples declaração, como indica o seu nome. O seu valor é meramente moral. Ela indica diretrizes a serem seguidas pelos Estados.” e Francisco Rezek diz que “A Declaração Universal dos Direitos do Homem não é um *tratado*, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados na Assembléia Geral quando, sem qualquer voto contrário, adotou-se o respectivo texto sob forma de *resolução* da Assembléia.” In, respectivamente, MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. vol. I. 14 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002. p. 841. e REZEK, José Francisco. Op. cit. p. 219.

³⁵⁶ Vide nota de rodapé n.º 348.

³⁵⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit. p. 842. REZEK, José Francisco. Op. cit. p. 221-222. PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 161-163.

enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o texto do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais engloba os direitos já enunciados naquela. Dessa forma, traz também previsão expressa quanto a proteção ao direito de autor e ao direito de acesso à cultura e cria a tensão sujeita a balanceamento:

Artigo 15

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

a) Participar da vida cultural;

b) Desfrutar do progresso científico e suas aplicações;

c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

4. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.³⁵⁸

(grifos nossos)

A mesma observação feita a respeito desse balanceamento no âmbito da Declaração Universal dos Direitos do Homem aqui também tem lugar: para que haja equilíbrio entre os direitos humanos da proteção autoral e do acesso à cultura imprescindível a presença de três elementos no direito de autor, quais sejam, as “limitações”, o tempo de duração e o *contributo mínimo*. Todos esses elementos são centrais nessa análise de balanceamento de direitos humanos.

3.8. PROTOCOLO DE SAN SALVADOR: PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

O Protocolo de San Salvador foi adotado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, em 1988, em adição à Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 1969); esta o principal instrumento de defesa dos direitos humanos no âmbito do sistema interamericano.³⁵⁹ Em vigor desde 1978, a Convenção Americana de Direitos Humanos “não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico; limita-se a determinar aos Estados

³⁵⁸ INTERNACIONAL. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. In PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 415-424.

³⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 255.

que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas e outras que se mostrarem apropriadas, nos termos do art. 26 da Convenção”³⁶⁰. Por isso, como o próprio preâmbulo do Protocolo de San Salvador veio a ressaltar,

(...) embora os direitos econômicos, sociais e culturais fundamentais tenham sido reconhecidos em instrumentos internacionais anteriores, tanto de âmbito universal como regional, é muito importante que esses direitos sejam reafirmados, desenvolvidos, aperfeiçoados e protegidos, a fim de consolidar na América, com base no respeito pleno aos direitos da pessoa, o regime democrático representativo de governo, bem como os direitos de seus povos ao desenvolvimento, à livre determinação e a dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais;³⁶¹

Assim foi criado o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou, simplesmente, Protocolo de San Salvador.

Tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos como o Protocolo de San Salvador foram criados regionalmente não por falta de instrumentos jurídicos que tratassem do tema no âmbito internacional mas sim com o propósito de fortalecer a proteção já existente. Nesse sentido as palavras de Flávia Piovesan:

Ao apontar as vantagens dos sistemas regionais, Rhona K. M. Smith destaca que, "na medida em que um número menor de Estados está envolvido, o consenso político se torna mais facilitado, seja com relação aos textos convencionais, seja quanto aos mecanismos de monitoramento. Muitas regiões são ainda relativamente homogêneas, com respeito à cultura, à língua e às tradições, o que oferece vantagens".³⁶² No mesmo sentido, afirmam Christof Heyns e Frans Viljoen: "Enquanto o sistema global de proteção dos direitos humanos geralmente sofre com a ausência de uma capacidade sancionatória que têm os sistemas nacionais, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam vantagens comparativamente ao sistema da ONU: podem refletir com maior autenticidade as peculiaridades e os valores históricos de povos de uma determinada região, resultando em uma aceitação mais espontânea e, devido à aproximação geográfica dos Estados envolvidos, os sistemas regionais têm a potencialidade de exercer fortes pressões em face de Estados vizinhos, em casos de violações. (...) Um efetivo sistema regional pode conseqüentemente complementar o sistema global em diversas formas".³⁶³ Consolida-se, assim, a convivência do sistema global — integrado pelos instrumentos das Nações Unidas, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e as demais Convenções internacionais — com instrumentos do sistema regional de proteção, integrado por sua vez pelo sistema interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.³⁶⁴

³⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 257.

³⁶¹ REGIONAL. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)*. In PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 562-570.

³⁶² [Nota do Original]: Rhona K. M. Smith, *Textbook on international human rights*, p. 84.

³⁶³ [Nota do Original]: Christof Heyns e Frans Viljoen, An overview of human rights protection in Africa, *South African Journal on Human Rights*, v. 11, part. 3, 1999, p. 423.

³⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 250-251.

Nesse quadro não há nenhuma surpresa em se perceber que os enunciados normativos do Protocolo de San Salvador sejam quase idênticos aos do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU; como podemos observar abaixo:

Artigo 14 – Direito aos benefícios da cultura

1. Os Estados-partes neste protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a:

- a) Participar na vida cultural e artística da comunidade;**
- b) Gozar de benefícios do progresso científico e tecnológico;**
- c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora.**

2. Entre as medidas que os Estados-partes neste Protocolo deverão adotar **para assegurar o pleno exercício deste direito, figurarão as necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência, da cultura e da arte.**

3. Os Estados-partes neste Protocolo comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável para a pesquisa científica e a atividade criadora.

4. Os Estados-partes neste Protocolo reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais e, nesse sentido, comprometem-se a propiciar maior cooperação internacional nesse campo.³⁶⁵

(grifos nossos)

Portanto, também aqui se encontra presente a tensão entre os direitos humanos da proteção autoral e do acesso à cultura; o que inevitavelmente nos remete – nos mesmos moldes que na Declaração Universal dos Direitos do Homem e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ao balanceamento e aos elementos desse balanceamento: as “limitações” ao direito de autor, o prazo de duração dos mesmos e o *contributo mínimo*.

Esse é logo, mais um tratado do qual podemos extrair a presença do requisito do *contributo mínimo* autoral.

3.9. DIRETIVAS DA UNIÃO EUROPÉIA

3.9.1. Diretiva 96/9/CE sobre Proteção Jurídica das Bases de Dados

A Diretiva 96/9/CE da União Européia que trata da proteção de base de dados também prevê o *contributo mínimo* como requisito para proteção por direito de autor. Essa Diretiva não se resume apenas a prever proteção para bases de dados que possuam criatividade na seleção ou disposição do conteúdo como vimos no TRIPs e no WCT, indo além para proteger

³⁶⁵ REGIONAL. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)*. In PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 562-570.

também bases de dados de todas as formas³⁶⁶ as quais tenham sido objeto de substancial investimento quantitativo ou qualitativo³⁶⁷. Desse modo, determina que (i) as bases de dados que constituam “criação intelectual” – ou seja, que possuam o *contributo mínimo* – sejam protegidas por direito de autor³⁶⁸ e que (ii) as outras formas de bases de dados deverão ser protegidas pelo que chamam de direitos *sui generis*³⁶⁹. Destacamos o artigo 3º que assim determina:

Artigo 3º - Objecto da protecção

1. Nos termos da presente directiva, **as bases de dados que, devido à selecção ou disposição das matérias, constituam uma criação intelectual específica do respectivo autor, serão protegidas nessa qualidade pelo direito de autor.** Não serão aplicáveis quaisquer outros critérios para determinar se estas podem beneficiar dessa protecção.

2. A protecção das bases de dados pelo direito de autor prevista na presente directiva não abrange o seu conteúdo e em nada prejudica eventuais direitos que subsistam sobre o referido conteúdo.³⁷⁰

(grifos nossos)

Especificamente quanto à questão do *contributo mínimo*, a própria Diretiva faz, em seu preâmbulo, interpretação da expressão “criação intelectual”, de modo que fica bem claro que ela está realmente se referindo a esse instituto da forma com que aqui o concebemos:

(15) Considerando que os critérios aplicados para determinar se tais bases de dados são susceptíveis de beneficiar da protecção pelo direito de autor deverão limitar-se ao facto de constituírem uma criação intelectual própria do autor, ao efectuar a selecção ou a disposição do conteúdo da base de dados; que essa protecção incide sobre a estrutura da base;

(16) **Considerando que não devem aplicar-se outros critérios que não o da originalidade, na aceção da criação intelectual, para determinar se a base de dados é susceptível de protecção pelo direito de autor, e que, em especial, não deverão intervir critérios estéticos ou qualitativos;**

(17) Considerando que o termo «base de dados» deverá ser entendido como incluindo quaisquer recolhas de obras literárias, artísticas, musicais ou outras, ou quaisquer outros materiais como textos, sons, imagens, números, factos e dados; que se deverá tratar de recolhas de obras, dados ou outros elementos independentes, ordenados de modo sistemático ou metódico e individualmente acessíveis; que daí decorre que a fixação de uma obra audiovisual,

³⁶⁶ “Artigo 1º - Âmbito de aplicação. 1. A presente directiva diz respeito à protecção jurídica das bases de dados, seja qual for a forma de que estas se revistam. 2. Para efeitos da presente directiva, entende-se por «base de dados», uma colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros. 3. A protecção prevista na presente directiva não é aplicável aos programas de computador utilizados no fabrico ou no funcionamento de bases de dados acessíveis por meios electrónicos.” In UNIÃO EUROPÉIA. *Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados.* Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:PT:HTML>> Acesso em 26 out. 2009.

³⁶⁷ “Capítulo III - Direito *Sui Generis*. Artigo 7º - Objecto da protecção. 1. Os Estados-membros instituirão o direito de o fabricante de uma base de dados proibir a extracção e/ou a reutilização da totalidade ou de uma parte substancial, avaliada qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo desta, quando a obtenção, verificação ou apresentação desse conteúdo representem um investimento substancial do ponto de vista qualitativo ou quantitativo.” In *Ibid*.

³⁶⁸ Artigos 3 a 6 da Diretiva 96/9/CE.

³⁶⁹ Artigos 7 a 11 da Diretiva 96/9/CE.

³⁷⁰ UNIÃO EUROPÉIA. *Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados.* Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:PT:HTML>> Acesso em 26 out. 2009.

cinematográfica, literária ou musical, como tal, não é abrangida pelo âmbito de aplicação da presente directiva;³⁷¹
(grifos nossos)

3.9.2. Directiva 91/250/CEE sobre Protecção Jurídica dos Programas de Computador

De igual forma há o reconhecimento do *contributo mínimo* como requisito do direito de autor na Directiva 91/250/CEE da União Europeia que trata da protecção dos programas de computador. Esta utiliza os mesmos termos da Directiva sobre base de dados para identificá-lo, sendo assim o conteúdo de seu artigo 1º:

Artigo 1º Objecto da protecção

1. De acordo com o disposto na presente directiva, os Estados-membros estabelecerão uma protecção jurídica dos programas de computador, mediante a concessão de direitos de autor, enquanto obras literárias, na acepção da Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas. Para efeitos da presente directiva, a expressão «programas de computador» inclui o material de concepção.

2. Para efeitos da presente directiva, a protecção abrange a expressão, sob qualquer forma, de um programa de computador. As ideias e princípios subjacentes a qualquer elemento de um programa de computador, incluindo os que estão na base das respectivas interfaces, não são protegidos pelos direitos de autor ao abrigo da presente directiva.

3. **Um programa de computador será protegido se for original, no sentido em que é o resultado da criação intelectual do autor. Não serão considerados quaisquer outros critérios para determinar a sua susceptibilidade de protecção.**³⁷²
(grifos nossos)

Manoel Joaquim Pereira dos Santos também aponta esse entendimento:

O conceito de originalidade está expressamente previsto no Art. 1(3) da Directiva: um programa é original se é o “resultado da criação intelectual do autor”. Essa definição visava harmonizar a interpretação que a essa matéria havia sido dada pelo Judiciário dos países membros da União Europeia³⁷³. Há, porém, uma divergência na doutrina quanto à orientação estabelecida na Directiva para esse requisito. É indiscutível que o critério adotado na norma comunitária é menos exigente do que aquele aplicado por algumas legislações europeias para as obras intelectuais tradicionais³⁷⁴. Contudo, o que significa originalidade no sentido do Artigo 1(3)?

Para alguns autores, prevaleceu o conceito de que o único critério aplicável é o de que a obra não pode ser cópia de outra, ou seja, o critério da “common law”³⁷⁵. Para outros, é o conceito do Direito de Autor, porque a Directiva fala em “criação”, e não em “esforço” intelectual, o que dá um certo carácter personalista (perspectiva civilista) e não económico (perspectiva da “common law”)³⁷⁶. Aparentemente, contudo, a regra comunitária mescla a noção de “criação”,

³⁷¹ Ibid.

³⁷² UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:PT:HTML>> Acesso em 26 out. 2009.

³⁷³ [Nota do Original]: Segundo Cornish, o objetivo desse dispositivo era de revogar a jurisprudência alemã, em especial a do caso *Inkassoprogram* de 1985, decisão da Suprema Corte da República Federal da Alemanha, de 9.5.1985 (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 1985, p. 1041), cf. CORNISH, W. R. *Computer program...* p. 192.

³⁷⁴ [Nota do Original]: Vide GINSBURG, Jane. *Examen des Frontieres du Droit d’Auteur*, Colloque Mondial de l’OMPI sur l’Avenir du Droit d’Auteur et des Droits Voisins, Geneve, 1994, p. 235.

³⁷⁵ [Nota do Original]: Cf. ARISTA, Raffaella. op. cit. p. 359; TRITTON, Guy. *Intellectual property in Europe*. London: Sweet & Maxwell, 1996. p. 226.

³⁷⁶ [Nota do Original]: Vide DERCLAYE, Estelle. *Software copyright protection: can Europe learn from American case law?* *European Intellectual Property Review*, London, v. 22, n. 1, p. 9, part 1, jan. 2000. part 1, p. 15.

que é típica do “direito de autor”, **demonstrando a exigência de uma contribuição do autor, com a noção de “própria do autor”, que é característica do “copyright”**, segundo a qual a ausência de cópia pressupõe a originalidade³⁷⁷. Nesse sentido, originalidade exige mais do que simplesmente ter sido “originado” pelo autor.³⁷⁸
(grifos nossos)

Desse modo, para que um programa de computador seja protegido por direito de autor nos países da União Européia, indispensável que ele atenda ao requisito do *contributo mínimo*.

3.10. NAFTA

Também no acordo NAFTA encontramos previsão a respeito do direito de autor e do *contributo mínimo*:

Article 1705: Copyright

1. **Each Party shall protect the works covered by Article 2 of the Berne Convention, including any other works that embody original expression within the meaning of that Convention.** In particular:

(a) all types of computer programs are literary works within the meaning of the Berne Convention and each Party shall protect them as such; and

(b) compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, **which by reason of the selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations**, shall be protected as such.

The protection a Party provides under subparagraph (b) shall not extend to the data or material itself, or prejudice any copyright subsisting in that data or material.³⁷⁹

(grifos nossos)

Esse dispositivo que fez com que o Canadá passasse a adotar o requisito do *contributo mínimo* (referido como *originality*), em detrimento dos posicionamentos anteriores que adotavam o sistema do “*sweat of the brow*” para atribuição de direito de autor.³⁸⁰ Como se pode perceber o acordo NAFTA incorpora expressamente o artigo 2 da Convenção de Berna, o que, por si só, poderia ser um argumento a favor da adoção do requisito do *contributo mínimo* pela interpretação do significado de “produções” (item 3.1.3). Contudo o acordo NAFTA ainda foi mais além e não deixou dúvidas quanto a adoção do *contributo mínimo* como requisito ao empregar a expressão “*original expression*” e ao ressaltar, no caso das compilações, que é necessário que elas constituam “*intellectual creations*”.

³⁷⁷ [Nota do Original]: Vide BENABOU, Valérie-Laure. *Droits d'auteur, droits voisins et droit communautaire*. Bruxelles: Buryland, 1997. p. 245.

³⁷⁸ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 122.

³⁷⁹ INTERNACIONAL. *North American Free Trade Agreement*. Disponível em: <<http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=343>> Acesso em 15 nov. 2009.

³⁸⁰ GERVAIS, Daniel J. Op. cit. p. 961-962.

3.11. CONFLITOS ENTRE FONTES E DIREITO UNIFORMIZADO

3.11.1. Convenção de Berna

Tendo em vista que a Convenção de Berna dita padrões mínimos de proteção a serem adotados pelos signatários e, uma vez que a atual LDA, posterior a essa, foi criada nos moldes dessa convenção³⁸¹, não há o que se falar a respeito de conflitos entre fontes. Dessa forma, estamos diante do fenômeno do direito uniformizado³⁸² do qual trata Maristela Basso:

Os acordos de Paris e Berna representam um passo fundamental na formação de uma nova categoria de convenções internacionais: as relativas aos direitos privados. Através delas, procurou-se regulamentar: a) os conflitos de lei sobre a matéria; b) os conflitos de jurisdição; c) a condição de estrangeiros e o gozo dos seus direitos; d) o princípio do tratamento nacional; e) a harmonização do direito privado material; f) o princípio do tratamento unionista, dentre outros aspectos.

(...)

As Convenções de Paris e Berna não visavam apenas a resolver conflitos de leis, estabeleceram o “princípio da proteção mínima”, aceito pelos Estados unionistas, abaixo do qual nenhuma legislação poderia ficar. Esse, por si só, já é um resultado da mais alta importância.

A “propriedade intelectual” serviu de ponto de partida para um verdadeiro sistema de “direito internacional privado comum”. Conforme Picard, “depois de alguns anos, o direito internacional privado assumiu um desenvolvimento extraordinário; ele se constituiu, pouco a pouco, em ciência. Hoje em dia, ele tem uma dignidade e uma importância que não apenas chama a atenção de todos, como parece até lhe dar o primeiro lugar na hierarquia jurídica. Quando pesquisamos, historicamente, qual foi a origem deste considerável desenvolvimento, não demoramos em reconhecer que a origem está nos direitos especiais, que costumamos reunir sob a denominação de ‘propriedade intelectual’”.³⁸³ Ruffini aponta um pouco de exagero nas palavras de Picard, mas reconhece que “existe lá, também, uma verdade fundamental”.^{384 385}

Especificamente a respeito do *contributo mínimo*, assim como a Convenção de Berna, podemos identificar menção implícita a respeito do mesmo no inciso XIII do artigo Art. 7º da LDA, o qual determina que “as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de

³⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 15-16.

³⁸² Preferimos a expressão “direito uniformizado” à “direito uniforme” seguindo os ensinamentos de Jacob Dolinger: “Enquanto o *Direito Uniforme espontâneo* é resultante da natural coincidência de legislações influenciadas pelos mesmos fatores ou da iniciativa unilateral de um Estado de seguir as normas do direito positivo de outro, o *Direito Uniforme dirigido* resulta de esforço comum de dois ou mais Estados no sentido de uniformizar certas instituições jurídicas, geralmente por causa de sua natureza internacional. Seria tecnicamente mais apropriado denominar esta categoria *Direito Uniformizado*, para distingui-la do *Direito Uniforme* de caráter espontâneo. Mas a Doutrina mantém o mesmo termo para ambos os fenômenos.” In DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 32-33.

³⁸³ [Nota do Original]: PICARD, Edmond. Embryologie juridique, nouvelle classification des droits. *Journal de Droit International Privé de Clunet*, t. x (1883).], p. 570.

³⁸⁴ [Nota do Original]: RUFFINI, Francisco. /De la protection internationale des droits sur les oeuvres littéraires et artistiques. *Recueil des Cours*, 1926-II, tomo 12, p. 397.

³⁸⁵ BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 109-110.

seu conteúdo, **constituam uma criação intelectual**³⁸⁶ (grifos nossos). A respeito desse dispositivo legal, assim comenta Manoel Joaquim Pereira dos Santos:

Quais os critérios de proteção a serem aplicados às bases de dados para que sejam acolhidas no direito autoral?

Devido à assimilação com as compilações de obras preexistentes, prevaleceu o mesmo critério. **Isto significa que as compilações de dados são protegidas, não enquanto simples acervo de dados ou outros materiais, mas sim na medida em que sistematizam, organizam e disponibilizam esses elementos de forma criativa.** O critério expresso nos Artigos 10.2 do Acordo TRIPs e 5º do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de 1996: seleção ou disposição do conteúdo. A atual Lei Autoral Brasileira é ainda mais descritiva: seleção, organização ou disposição do conteúdo.³⁸⁷
(grifos nossos)

Além disso, como na Convenção de Berna, também do *caput* do artigo 7º da LDA podemos extrair a exigência de observância do contributo mínimo como requisito; o qual diz que “[s]ão obras intelectuais protegidas as **criações do espírito**, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:”³⁸⁸. Acerca da inferência do requisito do contributo mínimo a partir da expressão “criações do espírito” assim ensina José de Oliveira Ascensão:

Se a obra é a forma de uma criação do espírito, necessariamente haverá que exigir nesta o caráter criativo. É difícil determinar o quantum desta criação. Não podemos confundir obra com obra de qualidade: uma pornochanchada não deixa de ser uma obra protegida. **Mas tem que haver um mínimo de criatividade ou originalidade**, que por vezes se torna essencial para determinar se há violação de direito de autor preexistente.³⁸⁹
(grifos nossos)

3.11.2. TRIPs

Como o TRIPs incorporou a Convenção de Berna, não há qualquer conflito entre fontes em relação a todas as partes relacionadas ao direito de autor que remetem a essa convenção. Desse modo, quanto ao TRIPs, de igual forma, podemos dizer que há fundamentalmente a presença do direito uniformizado. Entretanto, além dos dispositivos legais incorporados da Convenção de Berna, o TRIPs trouxe outros quatro a respeito de direitos de autor, sendo um deles o já apresentado artigo 10. 2. (item 3.2); que, como vimos,

³⁸⁶ BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm> Acesso em 31 out. 2009.

³⁸⁷ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Considerações Iniciais sobre a Proteção Jurídica das Bases de Dados.* In FILHO, Adalberto Simão; LUCCA, Newton de (Org.). *Direito & Internet.* Bauru: Edipro, 2000, p. 283-297.

³⁸⁸ BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm> Acesso em 31 out. 2009.

³⁸⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.* p. 50.

trata expressamente da proteção de base de dados e de forma diversa e mais ampla que a Convenção de Berna, o qual pode ser considerado como um Berna-plus.

Mesmo quanto a esse artigo não há conflito entre fontes relacionado ao TRIPs com a legislação interna.³⁹⁰ Isso porque, como observado no item acima, o inciso XIII do artigo 7º da LDA é conferida proteção para as “coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras” enquanto no TRIPs a proteção é conferida expressamente às “compilações de dados ou de outro material, legíveis por máquina ou em outra forma”. Dessa forma, ambos os textos deixam o rol aberto ao dizerem “outras obras” ou “de outro material (...) em outra forma”, estando, assim, semanticamente compatíveis nesse ponto.

Ao tratar da abrangência da análise do *contributo mínimo*, o TRIPs determina que seja conferida proteção em função “da seleção *ou* da disposição”. Já a LDA traz uma abrangência ainda maior para a análise do *contributo mínimo* ao determinar que o mesmo abarca a “seleção, organização *ou* disposição” do conteúdo. Ambos os dispositivos conferem proteção mais ampla do que a Convenção de Berna (vide item 3.1.2) e encontram-se completamente compatíveis entre si. Isso porque mesmo que se levante a questão da LDA conferir proteção mais ampla por conta da menção alternativa, não constante no TRIPs, da “organização”; ainda sim a LDA prevaleceria por se harmonizar com norma do TRIPs que determina que

Os Membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. **Os Membros poderão**, mas não estarão obrigados a **prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo.**³⁹¹
(grifos nossos)

Portanto, também em relação ao TRIPs percebemos a ausência de conflito entre fontes e a presença do direito uniformizado.

3.12. DIFERENTES PAÍSES, DIFERENTES NÍVEIS DE CONTRIBUTO MÍNIMO

Dissemos até agora que o *contributo mínimo* é o *mínimo grau* criativo para proteção. Isso implica que há diferentes graus quantitativos de criatividade. E essa é a mais provável

³⁹⁰ A LDA entrou em vigor em 1998, ou seja, após a assinatura do TRIPs em 1994. Contudo, há discussões se o TRIPs passou a ter vigência interna em 1995 ou em 2000. Sobre a discussão da entrada em vigência do TRIPs vide DOLINGER, Jacob. *Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio – Trips. Patente de invenção. Aplicabilidade do acordo no Brasil*. Revista Forense, v. 342, 1998, p. 225-235.

³⁹¹ INTERNACIONAL. *TRIPs - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio*. In BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: a aplicação do acordo TRIPs*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

chave para a identificação de presença de *contributo mínimo* em diferentes tipos de obras: para cada tipo diferente de obra há de haver diferentes graus mínimos que condigam com suas respectivas naturezas.

Contudo, o que queremos chamar a atenção nesse item é para os diferentes níveis de proteção em diferentes países. Como a Convenção de Berna deixou a cargo dos direitos internos dos Estados-unionistas essa quantificação do *contributo mínimo*, há um variável nível de graus mínimos de criatividade entre os diferentes países. Em outras palavras, há um variável nível do que é considerado *contributo mínimo* para os mesmos tipos de obra entre os direitos internos dos países unionistas.

Esse fenômeno é identificado pela UNCTAD-ICTSD que dizem que

While it has generally been agreed upon by member countries [of Berne Convention] that the work be original (i.e., it should be the product of independent human intellect and creativity), levels of the originality requirement may differ from country to country. In the United States, originality is a fairly low standard requiring “only that the work was independently created by the author and that it possesses at least a minimal degree of creativity.”³⁹² In Japan the originality standard is relatively higher, requiring that “thoughts and sentiments are expressed in a creative way”.³⁹³

(...)

In Europe, standards of originality varied between countries. For example, Germany represented a country that required a high level of originality, inter alia in compilations of factual works while, in the United Kingdom and Ireland, the originality requirement was more comparable to that of the United States.³⁹⁴ However, the EC Copyright Directives have constrained the degree of divergence on this standard and the trend now is toward a uniform standard.^{395 396}

Um estudo da Comissão das Comunidades Europeias reconhece a diferença de níveis de contributo mínimo entre seus países-membros, mas entende que, até então, essa diferença não causa nenhuma influência negativa para o comércio intracomunitário.³⁹⁷ Ao comentar a

³⁹² [Nota do Original]: 499 U.S. 340.

³⁹³ [Nota do Original]: See Japanese Copyright Law, Arts. 1 and 2(1)(i), translated in Dennis S. Karjala & Keiji Sugiyama, *Fundamental Concepts in Japanese and American Copyright Law*, 36 Am. J. Comp. L. 613 (1988), reprinted in *Comparative Law: Law and the Legal Process in Japan*, 717 (Kenneth L. Ported., 1996).

³⁹⁴ [Nota do Original]: Herman Cohen Jeroham, *The EC Copyright Directives, Economics and Authors' Rights*, 25 Int'l Rev. Indus. Prop. & Copyright Law 821 (1994) (providing comparisons of the originality requirement in different European countries).

³⁹⁵ [Nota do Original]: See Gerhard Schricker, *Farewell to the “Level of Creativity” (Schöpfungshöhe) in German Copyright Law?* 26 Int. Rev. of Industrial Property and Copyright Law, 1995 (noting the effect of the EC Directive on the Legal Protection of Computer Programs on the high level of creativity required in German Copyright Law. He states that the German implementation of the Directive incorporates the exclusion of the qualitative and aesthetic criteria in the Recitals of the Directive.) See also, Paul Goldstein, *International Copyright*, 164, 2001. Finally, it should be noted that TRIPS and the WCT require a standard of “intellectual creation” for databases. See TRIPS Article 10.2; WCT, Article 5. There is some possibility that this standard will eventually be generalized for all categories of copyright works.

³⁹⁶ UNCTAD-ICTSD. Op. cit. p. 146-147.

³⁹⁷ “Whether the requirement of originality should be harmonised regarding all types of works remains a debated issue. In theory, divergent requirements for the level of originality by Member States have the potential of posing barriers to intra-Community trade. In practice, however, there seems to be no convincing evidence to support this. The Community harmonisation was needed, and has been enacted, with respect to technology-related categories of works, notably computer programs and databases. However, there are no indications that the lack of harmonisation of the concept of originality would

respeito da Diretiva 91/250/CEE sobre proteção jurídica dos programas de computador, Manoel Joaquim Pereira dos Santos também aponta essa diferença de níveis:

Assim sendo, sustenta-se que o critério da Diretiva, sendo uma solução intermediária entre o baixo nível de originalidade do direito inglês e o alto nível de criatividade do direito alemão, é na verdade mais próximo do norte-americano, o qual por sua vez também se afasta do critério inglês³⁹⁸. Em outras palavras, há uma convergência entre os direitos europeu e norte-americano, de maneira que o maior efeito prático da Diretiva se fez sentir nos direitos inglês e alemão. O objetivo foi declaradamente de assegurar que uma quantidade grande de programas pudesse ser protegida^{399, 400}.

Tal diferença de níveis de contributo mínimo também é ressaltada em um estudo do Standing Committee on Copyright and Related Rights da OMPI:

3. Since copyright protection of databases that constitute intellectual creations by reason of the selection and arrangements of their contents is well established and harmonized through international treaties to that effect, such as the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Berne Convention), the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) and the WIPO Copyright Treaty (WCT), the present document concentrates on protection of non-original databases that do not qualify for copyright protection.

4. This document examines laws that provide for explicit protection of databases, that are not sufficiently original to be protected under copyright, based on criteria such as the underlying investment or the volume of information contained therein. **It is to be noted, however, that the threshold of originality that is required to qualify for copyright protection differs from country to country. While a particular kind of database might be protected under copyright in some countries, a similar database might not qualify for copyright protection in other countries.**⁴⁰¹

(grifos nossos)

have caused any problems for the functioning of the Internal Market with respect to other categories of works, such as compositions, films or books. **Therefore, legislative action does not appear necessary at this stage.**" (grifos do original) In COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Commission Staff Working Paper: on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/review/sec-2004-995_en.pdf> Acesso em 27 out. 2009. p. 14.

³⁹⁸ [Nota do Original]: A Lei Autoral dos EUA não define originalidade mas o critério aplicado exige um nível de criatividade considerado baixo, ainda que superior aquele previsto no direito inglês. Com efeito, enquanto na Inglaterra prevalece a teoria do "sweat of the brow", exige-se nos EUA um mínimo de criatividade, conforme estabelecido no caso *Feist* em 1991 ("Original means only that the work was independently created by the author, (as opposed to copied from others works) and that it possesses at least some minimal degree of creativity" ("Original significa apenas que a obra foi criada independentemente pelo autor (distinto de copiada de outras obras) e que possui pelo menos um grau mínimo de criatividade"), *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co, Inc.*, 111 S. Ct. 1282, 18 U.S.P.Q.2d 1275 (1991). Vide DERCLAYE, Estelle. op. cit. part 1, p. 16.

³⁹⁹ [Nota do Original]: Answer to a parliamentary question, October 6, 1993, [1993] O.J. C350, apud DERCLAYE, Estelle. op. cit. part 1, p. 15.

⁴⁰⁰ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 122-123.

⁴⁰¹ STANDING COMMITTEE ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS. *Summary on existing legislation concerning intellectual property in non-original databases*. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_8/sccr_8_3.pdf> Acesso em 17. ago. 2009. p. 2.

4. CONTRIBUTO MÍNIMO COMO REQUISITO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL

Originality is a constitutional requirement.

Suprema Corte dos Estados Unidos⁴⁰²

4.1. CASO *FEIST* NOS ESTADOS UNIDOS

Esse caso envolve duas sociedades empresárias, *Rural Telephone Service Company*, companhia telefônica de atuação local no noroeste do Kansas, e *Feist Publications, Inc*, editora especializada em publicações de diretórios telefônicos que abrangem uma larga área, reduzindo, assim, a procura por auxílio listas e consulta de diferentes diretórios.⁴⁰³ Ambas fazem distribuição gratuita de guias com páginas brancas e amarelas – as primeiras com telefones residenciais e as últimas, comerciais – nessa região do Kansas; e ambas obtêm lucro da venda de espaço de propaganda nas páginas amarelas. Há uma vigorosa competição entre as duas por esse espaço de propaganda.

Rural possui monopólio de atuação em telefonia na sua área de abrangência e, desse modo, fácil acesso a informações de nome, endereço e número dos titulares de linhas telefônicas em toda sua região de atuação. Já *Feist* não possui esse tipo de acesso e, para preencher o diretório de páginas brancas, entrou em contato com 11 companhias telefônicas com atuação no noroeste do Kansas e propôs pagamento pelo direito de utilizar essas informações. De todas elas somente *Rural* não aceitou a proposta de *Feist*, criando-lhe um problema de tornar suas listas menos atrativa para potenciais anunciantes. Diante dessa situação, *Feist* copiou o diretório de páginas brancas de *Rural* mesmo sem seu consentimento e contratou pessoal para investigar a correção das informações e obter outras adicionais, tais como de endereços de ruas, nem sempre presentes na lista da *Rural*. Mesmo assim, dos 46.878 itens da lista de *Feist* em 1983, 1.309 eram idênticos aos da *Rural* em 1982-1983, incluindo 4 itens com endereços, nomes e números de telefones fictícios que a *Rural* havia inserido para poder detectar cópia.

Foi assim que *Rural* ajuizou ação em face de *Feist* por infração de direitos de autor (*copyright infringement*), argumentando que *Feist* deveria ter feito um levantamento dos

⁴⁰² ESTADOS UNIDOS. *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/499_US_340.htm> Acesso em 16 nov. 2008. parágrafo 11.

⁴⁰³ Todas as informações que a seguir são apresentadas sobre o caso são encontradas em *Ibid*.

dados telefônicos, mesmo que fosse de porta em porta, para poder ter acesso às mesmas informações por si própria e, desse modo, ter direito de utilizá-la. Em resposta, *Feist* alegou que essa busca era economicamente inviável e desnecessária já que as informações obtidas não eram protegidas por direito de autor. Até chegar para análise na Suprema Corte dos Estados Unidos as decisões da *District Court for the District of Kansas*⁴⁰⁴ e da *Court of Appeals for the Tenth Circuit*⁴⁰⁵ tinham sido favoráveis à Rural sob alegação de que "*courts have consistently held that telephone directories are copyrightable*"⁴⁰⁶.

A questão central que foi levada à análise da Suprema Corte dos Estados Unidos girava em torno da possibilidade de uma compilação de fatos ser protegida por direito de autor; além disso, também envolvia a questão de que fatos, por si mesmos, assim como ideias, não estão sujeitos à tutela autoral. *Justice O'Connor* assim comentou a questão:

[9] There is an undeniable tension between these two propositions. Many compilations consist of nothing but raw data -- *i. e.*, wholly factual information not accompanied by any original written expression. On what basis may one claim a copyright in such a work? Common sense tells us that 100 uncopyrightable facts do not magically change their status when gathered together in one place. Yet copyright law seems to contemplate that compilations that consist exclusively of facts are potentially within its scope.

[10] The key to resolving the tension lies in understanding why facts are not copyrightable. The *sine qua non* of copyright is originality. To qualify for copyright protection, a work must be original to the author. See *Harper & Row, supra*, at 547-549. Original, as the term is used in copyright, means only that the work was independently created by the author (as opposed to copied from other works), and that it possesses at least some minimal degree of creativity. 1 M. Nimmer & D. Nimmer, Copyright §§ 2.01[A], [B] (1990) (hereinafter Nimmer). To be sure, the requisite level of creativity is extremely low; even a slight amount will suffice. The vast majority of works make the grade quite easily, as they possess some creative spark, "no matter how crude, humble or obvious" it might be. *Id.*, § 1.08[C][1]. Originality does not signify novelty; a work may be original even though it closely resembles other works so long as the similarity is fortuitous, not the result of copying. To illustrate, [p*346] assume that two poets, each ignorant of the other, compose identical poems. Neither work is novel, yet both are original and, hence, copyrightable. See *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F. 2d 49, 54 (CA2 1936).⁴⁰⁷

E assim continua:

[19] It may seem unfair that much of the fruit of the compiler's labor may be used by others without compensation. As Justice Brennan has correctly observed, however, this is not "some unforeseen byproduct of a statutory scheme." *Harper & Row*, 471 U.S., at 589 (dissenting opinion). It is, rather, "the essence of copyright," *ibid.*, and a constitutional requirement. The primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but "to promote the Progress of Science and useful Arts." Art. I, § 8, cl. 8. Accord *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975). To this end, copyright assures authors the right to their original [p*350] expression, but encourages others to build freely upon the ideas and information conveyed by a work. *Harper & Row, supra*, at 556-557. This principle, known as the idea-expression or fact-expression dichotomy, applies to all works of authorship. As applied to a factual compilation, assuming the absence of original written expression, only the

⁴⁰⁴ "663 F. Supp. 214, 218 (1987)" *Ibid.*

⁴⁰⁵ "App. to Pet. for Cert. 4a, judgt. order reported at 916 F. 2d 718 (1990)" *In Ibid.*

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ *Ibid.*

compiler's selection and arrangement may be protected; the raw facts may be copied at will. This result is neither unfair nor unfortunate. It is the means by which copyright advances the progress of science and art.⁴⁰⁸

Nesse sentido, *Justice O'Connor* não só apresentou entendimento de que o contributo mínimo em direito de autor é um requisito como também **ressaltou que o contributo mínimo é um requisito de caráter constitucional**, como se pode ser observado mais claramente no seguinte trecho:

[11] **Originality is a constitutional requirement.** The source of Congress' power to enact copyright laws is Article I, § 8, cl. 8, of the Constitution, which authorizes Congress to "secure for limited Times to Authors . . . the exclusive Right to their respective Writings." In two decisions from the late 19th Century -- *The Trade-Mark Cases*, 100 U.S. 82 (1879); and *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884) -- this Court defined the crucial terms "authors" and "writings." **In so doing, the Court made it unmistakably clear that these terms presuppose a degree of originality.**⁴⁰⁹
(grifos nossos)

Exatamente essa constatação que fez com que o caso *Feist* se tornasse paradigmático. Daniel Gervais observa a respeito que

The U.S. Supreme Court decision in *Feist Publications v. Rural Telephone Service Company, Inc.* delivered in March 1991 was hailed both as a landmark decision and a legal "bomb." It was said the Court had gone out on a limb. Was *Feist* so original as to deserve all the attention? After all, it did not establish a new originality paradigm as such but only ended a long division among federal circuits concerning the protection under copyright of factual compilations. A number of circuits had adopted a test similar to the one articulated in *Feist* (i.e., based on creative selection), while others required only evidence of labor, a test known as "sweat of the brow."
In reality, *Feist* did much more than resolve a definitional tension: it determined that there was a constitutional requirement of creativity.⁴¹⁰
(grifos nossos)

Dessa forma, as decisões anteriores foram reformadas e a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o fato de *Feist* ter copiado diversos itens da lista de *Rural* não configura infração de direitos de autor. Pelo contrário, como a lista telefônica de *Rural* estava disposta em ordem alfabética – seguindo um padrão já utilizado por muito tempo –, não havia criatividade na *disposição* dos mesmos; e como a compilação atendia a exigências da *Kansas Corporation Commission* por conta do monopólio de *Rural*, não havia nenhuma criatividade

⁴⁰⁸ Ibid.

⁴⁰⁹ Ibid.

⁴¹⁰ GERVAIS, Daniel J. *Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law*. 49 Journal of the Copyright Society of the U.S.A. (2002) Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=daniel_gervais> Acesso em 12 ago. 2009. p. 949-950.

na *seleção* dos itens da lista. Faltou, portanto, à lista telefônica criada por *Rural o contributo mínimo*.

4.2. BREVE ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUTO MÍNIMO NOS ESTADOS UNIDOS

Não pretendemos aqui proceder a uma análise de direito comparado, pois entendemos que essa exigiria de nós um aprofundamento maior no desenvolvimento do instituto do contributo mínimo nos Estados Unidos e em outras questões de hermenêutica constitucional da *common law* do que consideramos importante para fins do presente trabalho.⁴¹¹ Até porque, como ensina Marilda Rosado de Sá Ribeiro,

A comparação não é mera análise de sistemas e sim o passo introdutório. Trata-se, além disso, de um processo criativo e não apenas de coleta de dados, devendo ser realizada em instrumentos independentes e dedicados a cada esfera de estudo, de maneira objetiva, isenta de análises críticas, contendo as qualificações e modificações significativas.

A partir dessa análise, no caminho apontado por Kötzt e Zweigert, cada solução deve ser liberta do contexto de seu próprio sistema e incluída no das demais jurisdições, sem esquecer o princípio da funcionalidade e adaptando-se a soluções para satisfazer as necessidades práticas, para construir em seguida um sistema. Agindo dessa maneira, o comparatista retoma uma feição desprestigiada do Direito, aquela que procura estudar os reais problemas do cotidiano, ao invés de criar apenas construções doutrinárias e conceituais.⁴¹²

De fato, do instituto do contributo mínimo correm muitos defluentes que merecem maior atenção em trabalhos futuros e a análise de direito comparado tomando como base o sistema jurídico dos Estados Unidos é uma delas devido a grande importância que esse país tem tomado no cenário mundial em relação aos temas de propriedade intelectual e devido a repercussão mundial do caso *Feist*. Contudo, como dizem Konrad Zweigert e Hein Kötzt citando Griswold, os Estados Unidos “*has been said to possess ‘perhaps the most complicated legal structure that has ever been devised and made effective in man’s effort to govern himself’*”⁴¹³; e como a proposta maior do presente trabalho é apresentar o instituto do contributo mínimo em seus aspectos gerais sob uma perspectiva internacional, não procederemos à análise de direito comparado.

⁴¹¹ Konrad Zweigert e Hein Kötzt ensinam que para utilização do método do direito comparado devem ser seguidas as seguintes etapas: (i) formular uma pergunta a respeito de determinado problema que deverá abordá-lo em termos funcionais, ou seja, que não se prenda nos próprios institutos do direito interno em cujo sistema o comparatista possui formação; (ii) escolher o sistema legal que o comparatista quer estudar; (iii) “recortar” do sistema estudado a solução prendendo-se na função dessa solução; (iv) criar um sistema com a solução encontrada e fazer uma avaliação crítica do resultado. KÖTZ, Hein; ZWEIGERT, Konrad. *Introduction to comparative law*. New York: Oxford University Press, 1998. p. 32-47.

⁴¹² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Importância do Direito Comparado*. In BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen. *O direito internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006. p. 685-686.

⁴¹³ KÖTZ, Hein; ZWEIGERT, Konrad. Op. cit. p. 249.

Dessa forma, neste capítulo nos ateremos a mostrar um pouco dessa repercussão do caso *Feist* e, paralelamente, a proceder a uma breve análise que demonstre como a questão do contributo mínimo sob o aspecto constitucional tem sido tratada no direito interno brasileiro.

De acordo com a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Feist*, e também com base em precedentes citados, a exigência do contributo mínimo como requisito decorre da seguinte cláusula constitucional:

Section 8 - Powers of Congress

The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;

(...)

To promote the Progress of Science and useful Arts, **by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries**,⁴¹⁴
(grifos nossos)

Essa garantia já constava da primeira Carta Constitucional dos Estados Unidos e marca a primeira vez em que foram conferidos direitos de autor de forma expressa nesse país.⁴¹⁵ Depreende-se, igualmente, do conteúdo da decisão da Suprema Corte no caso *Feist* que o principal objetivo do direito autoral não é premiar o trabalho do autor, e sim promover o “progresso da ciência e das artes úteis”. Portanto, nos Estados Unidos a questão do *contributo mínimo* é uma questão manifestamente constitucional a qual decorre da presença dessa cláusula finalística⁴¹⁶. Nesse sentido, Edward Walterscheid diz que, no entanto, não foi apontado o local exato na cláusula finalística que identifique a necessidade de haver um mínimo grau de criatividade, mas que ele entende ser o mesmo extraído palavra “to”:

While the Supreme Court has not seen fit to tie the requirement for creativity to any specific language of the clause, I would argue that the “to” language of the clause rather clearly provides the basis for such a requirement. For if no creativity is required for copyright, the manner in which it serves to promote the progress of science is suspect.⁴¹⁷

Diane Leenheer Zimmerman conta que o requisito do *contributo mínimo* foi considerado pela primeira vez como um requisito constitucional pela Suprema Corte no

⁴¹⁴ ESTADOS UNIDOS. *U.S. Constitution*. Article 1, § 8. Article. I. - The Legislative Branch. Disponível em: <<http://topics.law.cornell.edu/section/constitution>> Acesso em 10 out. 2008.

⁴¹⁵ BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global business regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 59.

⁴¹⁶ ESTADOS UNIDOS. *U.S. Constitution*. Article 1, § 8. Article. I. - The Legislative Branch. Disponível em: <<http://topics.law.cornell.edu/section/constitution>> Acesso em 10 out. 2008.

⁴¹⁷ WALTERSCHEID, Edward C. *The nature of the intellectual property clause: a study in historical perspective*. New York: William S. Hein & Co., Inc., 2002. p. 396-397.

juízo do caso conhecido como “*The Trade-Mark Cases*”. Segundo a autora, “[c]opyright protection, the Court said, was available only for work that is “original, and ... founded in the creative powers of the mind,”⁴¹⁸ and trademarks did not necessarily evince these attributes because they could arise from use of a public domain symbol or one that had been the creation of an unrelated person.⁴¹⁹”⁴²⁰ Zimmerman ainda diz que o caso seguinte que levantou a mesma questão na Suprema Corte foi *Burrow-Giles Lithographing Co. v. Sarony*, o qual tratava da questão da proteção de fotografias por direito de autor.⁴²¹ Ambos os casos, *The Trade-Mark Cases* e *Burrow-Giles Lithographing Co. v. Sarony*, são citados como precedentes no caso *Feist*. De fato, assim se manifestou a Suprema Corte dos Estados Unidos a respeito dos *Trade-Mark Cases*:

The ordinary trademark has no necessary relation to invention or discovery. The trademark recognized by the common law is generally the growth of a considerable period of use, rather than a sudden invention. It is often the result of accident, rather than design, and when under the act of Congress it is sought to establish it by registration, neither originality, invention, discovery, science, nor art is in any way essential to the right conferred by that act. **If we should endeavor to classify it under the head of writings of authors, the objections are equally strong. In this as in regard to inventions, originality is required. And while the word writings may be liberally construed, as it has been, to include original designs for engravings, prints, &c., it is only such as are original and are founded in the creative powers of the mind.** The writings which are to be protected are the fruits of intellectual labor, embodied in the form of books, prints, engravings, and the like. The trademark may be, and generally is, the adoption of something already in existence as the distinctive symbol of the party using it. At common law, the exclusive right to it grows out of its use, and not its mere adoption. By the act of Congress, this exclusive right attaches upon registration. **But in neither case does it depend upon novelty, invention, discovery, or any work of the brain. It requires no fancy or imagination, no genius, no laborious thought.** It is simply founded on priority of appropriation.⁴²²
(grifos nossos)

Também no caso *Burrow-Giles Lithographing Co. v. Sarony* a Suprema Corte dos Estados Unidos levanta questões relevantes a respeito da necessidade de um contributo mínimo e de como perceber a presença desse requisito em uma criação:

It is therefore much more important that when the supposed author sues for a violation of his copyright, the existence of those facts of originality, of intellectual production, of thought, and conception on the part of the author should be proved than in the case of a patent right. In the case before us, we think this has been done.
The third finding of facts says, in regard to the photograph in question, that it is a “useful, new, harmonious, characteristic, and graceful picture, and that plaintiff made the same . . . entirely from his own original mental conception, to which he gave visible form by posing

⁴¹⁸ [Nota do Original]: *The Trade-Mark Cases*, 100 U.S. 82, 94 (1879).

⁴¹⁹ [Nota do Original]: A trademark need not be created by its user to function as an indicator of source.

⁴²⁰ ZIMMERMAN, Diane Leenheer. *It's an original!(!): in pursuit of copyright's elusive essence*. *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 28, p. 187, 2005. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=601344>> Acesso em 19 set. 2009. p. 200.

⁴²¹ *Ibid.* p. 201.

⁴²² ESTADOS UNIDOS. *U.S. Supreme Court*. *Trademark Cases*, 100 U.S. 82 (1879). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/100/82/case.html>> Acesso em 17 nov. 2008. p. 100 U. S. 94.

the said Oscar Wilde in front of the camera, selecting and arranging the costume, draperies, and other various accessories in said photograph, arranging the subject so as to present graceful outlines, arranging and disposing the light and shade, suggesting and evoking the desired expression, and from such disposition, arrangement, or representation, made entirely by plaintiff, he produced the picture in suit."

These findings, we think, show this photograph to be an original work of art, the product of plaintiff's intellectual invention, of which plaintiff is the author, and of a class of inventions for which the Constitution intended that Congress should secure to him the exclusive right to use, publish, and sell, as it has done by section 4952 of the Revised Statutes.⁴²³

(grifos nossos)

Entretanto, de acordo com Zimmerman “[i]f *The Trade-Mark Cases, Sarony and Keuffel had been examined as a group, they might well have suggested that, at the close of the nineteenth century, copyright was intended to promote socially valuable kinds of work that also exhibited some fairly high level of human imagination or intellectual input.*”⁴²⁴ Este último caso citado por ela, caso *Higgins v. Keuffel* cuidou da questão se rótulos de frascos de tinta poderiam ser protegidos por direito de autor, mas não menciona a questão do contributo mínimo, apenas diz que os rótulos “*did not ‘instruct and amuse’ and thus had no independent value as a composition*”⁴²⁵; não sendo, portanto, relevante indicativo da imprescindibilidade do requisito.

Há também um outro caso, *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, que não foi citado como precedente no caso Feist, mas que já abordava a questão da originalidade. Neste caso o emprego do termo *originalidade* se aproxima mais da concepção de *individualidade* que de *contributo mínimo*, como podemos observar nas palavras de Justice Holmes ao dizer que

We shall do no more than mention the suggestion that painting and engraving, unless for a mechanical end, are not among the useful arts, the progress of which Congress is empowered by the Constitution to promote. The Constitution does not limit the useful to that which satisfies immediate bodily needs. *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U. S. 53. It is obvious also that the plaintiff's case is not affected by the fact, if it be one, that the pictures represent actual groups – visible things. They seem from the testimony to have been composed from hints or description, not from sight of a performance. But even if they had been drawn from the life, that fact would not deprive them of protection. The opposite proposition would mean that a portrait by Velasquez or Whistler was common property because others might try their hand on the same face. Others are free to copy the original. They are not free to copy the copy. *Blunt v. Patten*, 2 Paise 397, 400. See *Kelly v.*

The copy is the personal reaction of an individual upon nature. Personality always contains something unique. It expresses its singularity even in handwriting, and a very modest grade of art has in it something irreducible which is one man's alone. That something he may copyright unless there is a restriction in the words of the act.

If there is a restriction, it is not to be found in the limited pretensions of these particular works. The least pretentious picture has more originality in it than directories and the like, which may

⁴²³ ESTADOS UNIDOS. *U.S. Supreme Court*. *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/111/53/case.html>> Acesso em 17 nov. 2008. p. 111 U. S. 59-60.

⁴²⁴ ZIMMERMAN, Diane Leenheer. Op. cit. p. 201.

⁴²⁵ Ibid. p. 200.

be copyrighted. Drone, Copyright 153. See *Henderson v. Tompkins*, 60 F.7d 8, 765. The amount of training required for humbler efforts than those before us is well indicated by Ruskin.

"If any young person, after being taught what is, in polite circles, called 'drawing,' will try to copy the commonest piece of real work – suppose a lithograph on the title page of a new opera air, or a woodcut in the cheapest illustrated newspaper of the day – they will find themselves entirely beaten."

Elements of Drawing, first ed. 3. **There is no reason to doubt that these prints, in their ensemble and in all their details, in their design and particular combinations of figures, lines, and colors, are the original work of the plaintiffs' designer.** If it be necessary, there is express testimony to that effect.⁴²⁶
(grifos nossos)

Zimmerman também diz que o caso *Bleistein* “remained the Court's ‘final word’ on originality until 1991 when the subject was revisited by the Justices in *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*⁴²⁷ The effect of *Bleistein* on copyright law was dramatic”⁴²⁸. E comenta que

Lower court judges both understood the case as setting the threshold for copyrightability at a very low level, and appreciated the pragmatic virtues of adopting this approach. In the next decade, such pedestrian works as illustrations of clothes for sale⁴²⁹ and straightforward photographs of scenery⁴³⁰ were held to be copyrightable under the authority of Holmes's opinion. And within thirty years, an appellate court could list dozens of decisions and cite to major treatises⁴³¹ all agreeing that *Bleistein* required only “a low degree of originality and artistic or literary merit”⁴³² to obtain copyright. Any remaining hesitancy about protecting textual advertising was by them largely evaporating as well.^{433 434}

Por fim, veio o julgamento do caso *Feist* pela Suprema Corte que estabeleceu a prevalência do contributo mínimo e determinou que esse é um requisito constitucional para proteção por direito de autor e que o que se protege não é o trabalho do criador – o chamado “*sweat of the brow*” –, mas sim uma “forma original de expressão”. Inclusive, nesse caso *Justice O'Connor* trata largamente sobre o tema do chamado teste do “suor na testa” (*sweat of the brow*) e apresenta larga fundamentação de que a aplicação do mesmo não passou de uma

⁴²⁶ ESTADOS UNIDOS. *Supreme Court. Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/188/239/case.html>> Acesso em 17 nov. 2008.

⁴²⁷ [Nota do Original]: 499 U.S. 340 (1991).

⁴²⁸ ZIMMERMAN, Diane Leenheer. *The Story of Bleistein v. Donaldson Lithographing Company: originality as a vehicle for copyright inclusivity*. In DREYFUSS, Rochelle Cooper; GINSBURG, Jane C. *Intellectual Property Stories*. New York: Foundation Press, 2006. p. 100.

⁴²⁹ [Nota do Original]: *National Cloak & Suit Co. v. Kaufman*, 189 F. 215 (C.C.M.D. Pa. 1911).

⁴³⁰ [Nota do Original]: *Cleland v. Thayer*, 121 F. 71 (8th Cir. 1903) (photograph of Colorado scenery).

⁴³¹ [Nota do Original]: *Ansehl v. Puritan Pharmaceutical Co.*, 61 F.2d 131, 135-36 (8th Cir. 1932).

⁴³² [Nota do Original]: *Id.* at 136.

⁴³³ [Nota do Original]: *Ansehl*, for example, protected the text in na advertisement for toiletries. See also, *Fargo Merchantile Co. v. Brechet & Richter Co.*, 295 F. 823 (8th Cir. 1924) (protecting “fanciful emblem” and recipes printed on labels for food and drink).

⁴³⁴ ZIMMERMAN, Diane Leenheer. *The Story of Bleistein v. Donaldson Lithographing Company: originality as a vehicle for copyright inclusivity*. In DREYFUSS, Rochelle Cooper; GINSBURG, Jane C. *Intellectual Property Stories*. New York: Foundation Press, 2006. p. 101-102.

má interpretação dos tribunais pelo fato do *Copyright Act* de 1909 não ter trazido o requisito do contributo mínimo de forma expressa.⁴³⁵ Fato esse, logo corrigido pelo Congresso no *Copyright Act* de 1976 ao perceber a aplicação equivocada do teste do *sweat of the brow*.⁴³⁶

O contributo mínimo tem sido aplicado como requisito constitucional desde então, mas a questão continuou a ser controversa nos Estados Unidos, tanto que há diversos trabalhos doutrinários apresentando as mais variadas interpretações e críticas ao requisito.⁴³⁷ Até mesmo nos Estados Unidos, onde o requisito vem sendo aplicado desde 1879⁴³⁸, o tema a respeito do contributo mínimo autoral ainda não é consolidado, de modo que muito ainda há que se desenvolver a respeito de suas aplicações práticas e de critérios objetivos. A respeito disso Zimmerman comenta que

Despite its tentativeness and carefully limited language, Feist's originality requirement caused quite a stir in the copyright world. One noted commentator called it "a landmark decision"⁴³⁹ and "a defining event for copyright in the information age."⁴⁴⁰ A former Register of Copyrights described it as a "bomb" dropped by the Court.⁴⁴¹ Lower courts have spent the past decade struggling to make sense of the creativity requirement in Feist,⁴⁴² or in some cases have solved the puzzle by ignoring it.^{443 444}

⁴³⁵ ESTADOS UNIDOS. *U.S. Supreme Court*. Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/499_US_340.htm> Acesso em 16 nov. 2008. parágrafos 22-30.

⁴³⁶ Ibid. parágrafos 31-45.

⁴³⁷ GINSBURG, Jane C. *Creation and commercial value: copyright protection of works of information*. 90 Colum. L. Rev. 1865 (1990). Disponível em: <<http://www.heinonline.org/HOL/PDFsearchable?handle=hein.journals/clr90&collection=journals&id=1879&print=74§ioncount=1&ext=.pdf>> Acesso em 6 ago. 2009. 75 p.; PARCHOMOVSKY, Gideon; STEIN, Alex. *Originality*. (September 2009). Virginia Law Review, Vol. 95, 2009; Cardozo Legal Studies Research Paper No. 272; U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 09-10. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1361911>> Acesso em 37 mar. 2009. 43 p.; KWALL, Roberta Rosenthal. *Originality in context*. Houston Law Review, Symposium Issue, Vol. 44, p. 871, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=983552>> Acesso em 18 nov. 2007. 32 p.; ZIMMERMAN, Diane Leenheer. *It's an original!(!): in pursuit of copyright's elusive essence*. Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 28, p. 187, 2005. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=601344>> Acesso em 19 set. 2009. 22 p.

⁴³⁸ ESTADOS UNIDOS. *U.S. Supreme Court*. Trademark Cases, 100 U.S. 82 (1879). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/100/82/case.html>> Acesso em 17 nov. 2008.

⁴³⁹ [Nota do Original]: Paul Goldstein, Copyright, 55 Law & Contemp. Probs. 79, 87 (1992).

⁴⁴⁰ [Nota do Original]: Id. at 88.

⁴⁴¹ [Nota do Original]: Hon. Ralph Oman, Oversight Hearing, House of Reps., April 10, 1991, cited in Goldstein, supra note 15, at 87.

⁴⁴² [Nota do Original]: One recent, creative attempt is the development of a "numerosity" test in the 9th Circuit. The court found that compiling a few public domain elements to make a new work would not satisfy the originality requirement, although combining many such elements might. Lamps Plus, Inc. v. Seattle Lighting Fixture Co., 345 F.3d 1140 (9th Cir. 2003) (finding that a lamp design that is a compilation of pre-existing parts does not rise to a sufficient level of originality to be copyrightable); but see *Satava v. Lowry*, 323 F.3d 805 (9th Cir. 2003) (finding that glass-in-glass sculpture of jellyfish, although beautiful and demanding of much skill, does not meet the standard for copyrightability).

⁴⁴³ [Nota do Original]: See, e.g., *Mason v. Montgomery Data, Inc.*, 967 F.2d 135 (5th Cir. 1992) (finding selection and arrangement of data in plat maps copyrightable).

⁴⁴⁴ ZIMMERMAN, Diane Leenheer. *It's an original!(!): in pursuit of copyright's elusive essence*. Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 28, p. 187, 2005. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=601344>> Acesso em 19 set. 2009. p. 188-189.

4.3. BREVE ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUTO MÍNIMO NO BRASIL

4.3.1. Natureza Jurídica do Direito de Autor

A determinação da natureza jurídica do direito de autor é, sem dúvidas, o tema mais controverso em matéria de direito de autor. De tão complexo que é, há quem diga ser a natureza jurídica do direito de autor “um dos enigmas fundamentais do direito civil”⁴⁴⁵. Tal controvérsia vem desde os congressos para a criação da Convenção de Berna, quando se decidiu que seu título seria *Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas* para que não houvesse nenhuma adesão às diferentes teorias a respeito da natureza jurídica e, assim, fosse permitido que o maior número possível de países pudesse aderir a ela.⁴⁴⁶ Por exemplo, em uma primeira votação o título referindo-se a proteção da *propriedade literária e artística* havia ganhado por maioria; entretanto, adotá-lo implicaria que a Alemanha não poderia aderir à convenção.⁴⁴⁷

Desse modo, ao adentrarmos na análise do direito de autor nesse capítulo, em especial ao procedermos a análise constitucional, nos esquivaremos do exame da natureza jurídica do direito de autor e, de igual forma, da interpretação tradicional feita de forma dedutiva.⁴⁴⁸

4.3.2. Previsões Expressas do Direito de Autor na Constituição

Na Constituição Brasileira, o direito de autor só está expressamente previsto nos incisos XXVII e XXVIII, do artigo 5º, cujo conteúdo não faz qualquer tipo de referência, sequer indireta, ao contributo mínimo:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:
a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

⁴⁴⁵ KAMINA, Pascal *apud* LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos do autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. Tese (Doutorado em Direito Civil). Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. p. 56.

⁴⁴⁶ CAVALLI, Jean. *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*. Tradução para o espanhol de Juan David Castro García. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2006. p. 203-204.

⁴⁴⁷ *Ibid.* p. 203-204.

⁴⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 307-308.

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;⁴⁴⁹
(grifos nossos)

Em matéria de direito de autor, portanto, o constituinte originário apenas utilizou previsões expressas para pontuar algumas garantias relacionadas ao tema, sem abranger o direito de autor como um todo, deixando de fora qualquer tipo de menção expressa que possa nos levar ao *contributo mínimo*. Essa opção do constituinte em relação ao *contributo mínimo* autoral fica bem mais clara depois de olharmos para as previsões constitucionais expressas em matéria de propriedade industrial; pois, neste caso, assim como na Constituição dos Estados Unidos, há a seguinte cláusula finalística que nos remete ao *contributo mínimo*:

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, **tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País**,⁴⁵⁰
(grifos nossos)

A respeito desse inciso, Denis Borges Barbosa, Karin Grau-Kuntz e Ana Beatriz Nunes Barbosa ensinam que

A introdução, em nosso sistema constitucional de 1988, de uma cláusula finalística comparável constitucionalizou o mesmo requisito [da atividade inventiva como *contributo mínimo* para aquisição de direitos de patente] no direito nacional, mesmo antes de sua inclusão formal na legislação ordinária.⁴⁵¹

Para descrever a natureza jurídico-constitucional do requisito da atividade inventiva, traduz-se em tal instituto um mandato de ponderação, dirigido à lei ordinária e não ao aplicador singular, entre a *contribuição social* do invento para o qual se pretende proteção e a recompensa atribuída pelo Estado para a inovação, através do direito de exclusiva.

O instituto existe para realizar, no caso dos sistemas constitucionais americano e brasileiro, com o adequado equilíbrio dos múltiplos interesses em jogo, o fim do desenvolvimento da sociedade.⁴⁵²

Desse modo, a ponderação trazida pela cláusula finalística “tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País” apenas abarca os direitos de propriedade industrial uma vez que o constituinte optou por tratar os direitos de autor em

⁴⁴⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 05 set. 2009.

⁴⁵⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 05 set. 2009.

⁴⁵¹ [Nota do Original]: O requisito já existia no direito anterior, de várias formas, e como política formal do INPI a partir da década de 70', através do Ato Normativo do INPI nº 017, de 11.05.1976, definido como sendo “o exercício da capacidade de criação”.

⁴⁵² BARBOSA, Ana Beatriz Nunes; BARBOSA, Denis Borges; GRAU-KUNTZ, Karin. *A propriedade intelectual na construção dos tribunais constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 115.

separado. Entretanto, isso não significa que o direito de autor não está sujeito a esse tipo de balanceamento no âmbito constitucional e sim apenas que isso não decorre de uma formulação expressa.

4.3.3. Previsões Implícitas do Contributo Mínimo Autoral na Constituição

4.3.3.1. Ponderação entre Normas Constitucionais

Quanto maior o raio de atuação do direito de autor como um direito exclusivo, maiores as restrições quanto ao acesso e ao uso das obras criadas. Nos Estados Unidos há enunciado normativo expresso de que os direitos de autor devem atender à cláusula finalística e o mesmo encontramos no Brasil em relação aos direitos de propriedade industrial. No entanto, na Constituição Brasileira não encontramos a obrigatoriedade desse balanceamento trazido de forma expressa no texto constitucional em relação ao direito de autor; mas isso não significa que esse balanceamento não exista.

O ponto a que queremos chegar é o seguinte: apesar de não haver enunciado normativo expresso nesse sentido, há um balanceamento, como próprio fundamento do direito de autor, a ser constantemente determinado entre o direito exclusivo autoral e o direito de acesso à cultura. Ascensão nos esclarece melhor esse ponto:

Houve uma consciência muito nítida que a atribuição de direitos exclusivos implicava uma restrição da liberdade dos outros. O fundamento foi encontrado numa razão de interesse público: as restrições deveriam ser temporárias, e justificavam-se por a atribuição dos direitos, recompensando o autor, estimular a criatividade. Passado o período normal de protecção, dar-se-ia a queda no domínio público.

Isso implicava um predomínio do interesse público em relação aos interesses privados. A extensão da protecção não era ditada por estes, mas pelo benefício público decorrente da outorga temporária do exclusivo.

Por isso, o direito de autor é visto como um complexo harmónico, em que regras atributivas coexistem com restrições. Os limites do direito de autor não são tomados como excepções, mas como a via da satisfação simultânea de interesses individuais e da comunidade. Nomeadamente, eles impedem as conseqüências mais nefastas da monopolização e permitem as formas de desfrute social compatíveis com o exclusivo atribuído.

(...)

Sobre esta base se fundou o discurso legitimador do direito de autor, em termos que chegam até aos dias de hoje. O direito de autor representa uma recompensa ao autor, pelo contributo trazido, e com isto um incentivo à criação literária, artística e científica, quer desse autor quer dos restantes.

Este discurso legitimador, assente no estímulo da criatividade mediante o exclusivo atribuído, coloca necessariamente o autor em primeiro plano. A criação realizada por este constitui um benefício social, que deve ser recompensado e estimulado.

Isto implica também que a criatividade represente o requisito essencial para que a obra seja protegida. Só a obra criativa merece estímulo e protecção, porque só ela justifica a restrição de liberdade que à sociedade é imposta.⁴⁵³

⁴⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito intelectual em metamorfose*. In Revista de Direito Autoral. ano II. n. IV. p. 3-24. fev. 2006. p. 5-6.

Já a respeito da interpretação constitucional, Barroso nos ensina que ela deve ser procedida de forma sistemática:

Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior - a norma - incide sobre a premissa menor - os fatos -, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais.

De fato, nessas hipóteses, mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos. Vale dizer: há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor. Como intuitivo, a subsunção, na sua lógica unidirecional (premissa maior — premissa menor — conclusão), somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na eleição de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada, em razão do princípio da unidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais.

Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna.

O relato acima expressa, de maneira figurativa, o que se convencionou denominar *ponderação*. Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos.^{454 455}

Portanto, em matéria de direito de autor, para sabermos se o balanceamento justificador do mesmo – entre o exclusivo autoral e o acesso à cultura – possui índole constitucional, não basta olharmos apenas para as normas contidas em enunciados expressos. Estamos aqui diante de um chamado *caso difícil*⁴⁵⁶ e para analisar o próprio fundamento do direito de autor, seu discurso legitimador, é preciso considerar o princípio instrumental de

⁴⁵⁴ [Nota do Original]: De fato, o emprego da ponderação tornou-se corriqueiro na argumentação do Supremo Tribunal Federal, com referências frequentes a essa técnica, à razoabilidade-proporcionalidade e ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Confira-se, e.g.: *DJU*, 19 mar. 2004, HC 82.424/RS, voto do Ministro Celso de Mello: "Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, 'hic e nunc', em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina".

⁴⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 333-334.

⁴⁵⁶ "Do inglês *hard cases*, a expressão identifica situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade." In BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2006. p. 345. nota de rodapé 36.

interpretação constitucional da *unidade da Constituição* e, conseqüentemente, aplicar a *ponderação* entre a norma concernente ao exclusivo autoral e a norma concernente ao acesso à cultura. Isso nos leva a considerarmos, também, o enunciado normativo pertinente ao direito de acesso à cultura:

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

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II - **produção, promoção e difusão de bens culturais;**

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV - **democratização do acesso aos bens de cultura;**

V - valorização da diversidade étnica e regional.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - **as formas de expressão;**

II - **os modos de criar, fazer e viver;**

III - **as criações científicas, artísticas e tecnológicas;**

IV - **as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;**

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

§ 3º - **A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.**

§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.⁴⁵⁷

(grifos nossos)

De fato, os direitos de autor e os direitos de acesso a cultura são como fazendas limítrofes, quanto mais a cerca de uma fazenda avançar em direção a outra, maior será o tamanho da fazenda que avançou e menor será o tamanho da fazenda sobre a qual se avançou.

⁴⁵⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 05 set. 2009.

O limite de uma determina também o limite da outra e uma delimitação qualquer entre elas necessariamente influenciará concomitantemente o tamanho de ambas.

Assim, quanto maior o raio de ação do direito de autor, menor o raio de ação do direito de acesso à cultura e vice-versa. Desse modo, para se garantir o máximo potencial de *eficácia* tanto da norma constitucional que assegura o exclusivo autoral quanto da norma constitucional que assegura o acesso à cultura, indispensável a ponderação entre ambas; a fim de que possamos chegar a uma delimitação mais justa possível. Guilherme Carboni assim diz a respeito do tema:

O direito de acesso à informação e à cultura é, sem dúvida, o que possui uma maior possibilidade de conflito com o direito de autor, principalmente na sociedade da informação, que tem a internet como um dos principais instrumentos de divulgação do conhecimento e do saber.

Com a internet, a possibilidade de acesso à informação e à cultura ampliou-se exponencialmente. Conseqüentemente, o direito de autor também teve seu âmbito de proteção ampliado, em virtude da divulgação das obras intelectuais nesse novo meio. O desafio que se impõe é o de equacionar o direito de autor com o direito social de acesso à informação e à cultura, de forma a que a esfera pública volte a ser um espaço destinado à livre formação da opinião pública^{458, 459}.

Segundo esse autor, a ponderação deve ser precedida entre a norma que assegura o exclusivo autoral e a que assegura o acesso à cultura em conjugação com a que assegura o acesso à informação (esta constante do enunciado do artigo 5º, inciso XIV, da CRFB)⁴⁶⁰. Contudo, no caso do balanceamento justificador do direito de autor – diferente do que poderá surgir da tensão entre diversas normas constitucionais e de interpretações daí decorrentes –, entendemos que esse se mantém apenas entre o direito exclusivo de autor e o direito de acesso à cultura; e, nesse caso, o direito de acesso à informação se restringe à “informação cultural”, de modo que tudo o que for pertinente ao direito da informação nesse caso se encontra dentro do próprio escopo do direito de acesso à cultura.

Nosso posicionamento, já manifestado anteriormente neste trabalho, é no sentido de que dentre os elementos que constituem o cerne do balanceamento justificador do direito de autor estão (i) as “limitações” a esses direitos, (ii) o tempo de duração desses direitos e (iii) o contributo mínimo. Isto porque todos estes três elementos atuam como delimitadores do raio de proteção por direito de autor, cada um deles dentro de sua própria peculiaridade. Dessa forma, sendo esse balanceamento autoral também um balanceamento constitucional – visto

⁴⁵⁸ [Nota do Original]: A esse respeito, ver HARBEMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. Ver, ainda, Parte II, Capítulo II, supra.

⁴⁵⁹ CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 200.

⁴⁶⁰ Ibid. p. 198.

que visa ao equilíbrio de tensões entre os direitos de autor e de acesso a cultura, ambos constitucionalmente assegurados –, todos os elementos que ele compõe também são elementos de índole constitucional. Assim, concluímos que o **contributo mínimo**, além de cumprir o papel de requisito para aquisição de direitos de autor, **é um elemento de índole constitucional** por se encontrar no cerne do próprio balanceamento fundamentador do direito de autor, no cerne da ponderação entre a norma que assegura o exclusivo autoral e a norma que assegura o acesso à cultura: **também na Constituição Brasileira o contributo mínimo pode ser considerado um requisito constitucional.**

Através de toda essa interpretação, podemos dizer ainda além: não só o requisito do contributo mínimo é um requisito constitucional que se encontra no cerne da ponderação entre normas constitucionais, mas de igual forma, em uma análise mais aprofundada, o contributo mínimo – como requisito – é também elemento presente no cerne da ponderação entre normas de direitos fundamentais. Isto porque a localização topográfica do direito de autor em dois incisos do artigo 5º garante a esse direito, ao menos, o status de norma fundamentalmente formal. Além disso, o direito de acesso à cultura, mesmo sem estar elencado no rol do artigo 5º, também possui status de norma fundamental; a respeito disso, ensina Ingo Sarlet:

Com base no que foi exposto e à luz do direito constitucional pátrio, verifica-se, de plano, ser inviável a sustentação, também entre nós, da concepção segundo a qual os direitos fundamentais formam um sistema em separado e fechado no contexto da Constituição. Com muito mais pertinência do que no caso da Lei Fundamental alemã, as ponderações tecidas por Hesse revelam sua procedência e atualidade quando consideradas em face do texto da Constituição de 1988. Em primeiro lugar, cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não-escritos, implícitos nas normas do catálogo, bom como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição. Além disso, a diversidade de conteúdo do catálogo dos direitos fundamentais (composto por um número sem precedentes de direitos de liberdade, concretizações de princípio da igualdade, direitos sociais, políticos, garantias institucionais, etc.) impede, em princípio, que se estabeleçam critérios abstratos e genéricos que possam demonstrar uma identidade de conteúdos, inclusive no sentido de uma construção baseada numa relação de generalidade e especialidade.⁴⁶¹

Por fim ressaltamos que assim como acontece com diversos direitos assegurados no âmbito constitucional, o direito de autor não conflita somente com o direito de acesso à cultura, bem como o direito de acesso à cultura não conflita somente com o direito de autor; ambos geram toda uma cadeia de tensões entre os mais variados interesses individuais e coletivos. Em relação a essas cadeias de tensão, Allan Rocha de Souza aponta que

⁴⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 76-77.

Entre os diversos interesses que devem ser coordenados pode-se apontar como essenciais os seguintes: o interesse geral, pelo qual o direito de autor destina-se a servir para o desenvolvimento cultural, que também é educacional; o interesse dos consumidores, a quem afinal não cabe apenas o papel de absorver passivamente os postulados dos titulares; o interesse empresarial, que consubstancia na equação entre investimento, risco, tempo e lucro, devendo ser diretamente admitido, e não travestido como interesse do criador; os interesses das entidades de gestão coletiva, que são diversos de seus representados, ainda mais quando sua adesão é forçosa; o interesse de prestadores de atividades culturais, que são os titulares dos direitos conexos, e inclui todos os casos de prestações relevantes na coordenação, utilização e exploração dos bens intelectuais; e os interesses do criador intelectual, que será valorizado quando estiverem claramente todos os interesses expostos, lucrando o autor com o afastamento de interesses alheios fazendo passar por de autores, permitindo o ultrapassar da situação de menoridade onde encontra-se como pessoa de quem se fala e por quem se fala, e raramente sendo a pessoa que fala.^{462 463}

O fato da nossa análise ter se fixado somente na tensão entre direito de autor e direito de acesso à cultura não é justificada pela ausência de tensão com outros direitos constitucionais, mas sim pelo nosso enfoque no contributo mínimo e pelo fato de que o direito de autor e o direito à cultura são duas faces de uma mesma moeda, sendo, portanto, indissolúvelmente interdependentes.

4.3.3.2. Os Tratados de Direitos Humanos

O artigo 5º da CRFB traz dois parágrafos que interessam à presente análise:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.⁴⁶⁴

O § 2º, inserido pelo constituinte originário, deixa o rol de direitos e garantias fundamentais aberto para ser complementado por tratados internacionais; enquanto que o § 3º, inserido pela emenda constitucional nº 45 de 2004, faz com que tratados de direitos humanos

⁴⁶² [Nota do Original]: ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito do Autor como Direito da Cultura*. In Cadernos de Pós-graduação, ano I, n.1, set., 1995, pp. 57-66. Rio de Janeiro: UERJ, 1995. p. 62-65.

⁴⁶³ SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006. P. 269-270.

⁴⁶⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 05 set. 2009.

aprovados na condição prevista sejam equivalentes às emendas à Constituição. A respeito do alcance da norma contida no enunciado do § 2º do artigo 5º, diz Ingo Wolfgang Sarlet que

A regra do art. 5º, § 2º, da CF de 1988 segue a tradição do nosso direito constitucional republicano, desde a Constituição de fevereiro de 1891, com alguma variação, mais no que diz com a expressão literal do texto do que a sua efetiva *ratio* e seu *telos*⁴⁶⁵. Inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA e tendo, por sua vez, posteriormente influenciado outras ordens constitucionais (de modo especial a Constituição Portuguesa de 1911 [art. 4º])⁴⁶⁶, a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo⁴⁶⁷. Neste contexto, importa salientar que o rol do art. 5º, apesar de exaustivo, não tem cunho taxativo.⁴⁶⁸

Flávia Piovesan ensina que os direitos e garantias constantes de tratados de direitos humanos ratificados possuem status de normas materialmente constitucionais por força dos §§ 2º e 3º do artigo 5º; e que os tratados aprovados na forma do § 3º do artigo 5º, além disso, adquirem também o status de normas formalmente constitucionais. Em suas palavras:

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado [introduzido pela emenda constitucional n.º 45/2004 no § 3º do art. 5º] está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a "constitucionalização formal" dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas,⁴⁶⁹ e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.⁴⁷⁰

Portanto, ao falarmos sobre os tratados de direitos humanos que tratam de matéria de direitos de autor estaremos tratando de *normas com status de materialmente constitucionais*. Elas constam dos textos do *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* e do *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de*

⁴⁶⁵ [Nota do Original]: Desde a Constituição de 1891 (art. 78) e sem exceções nas Cartas que as sucederam, a tradição foi mantida na Constituição vigente. Assim, nas Constituições de 1934 (art. 114), 1937 (art. 123), 1946 (art. 144), 1967 (art. 150, § 35) e na Emenda n.º 1 de 1969 (art. 153, § 36).

⁴⁶⁶ [Nota do Original]: Assim a lição de J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 539.

⁴⁶⁷ [Nota do Original]: V. também J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 539. Sobre o tema no direito lusitano, v. a obra específica de J.B. Gouveia. *Os Direitos Fundamentais Atípicos*. Lisboa, 1995.

⁴⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 81-82.

⁴⁶⁹ [Nota do Original]: Celso de Albuquerque Mello, O parágrafo 2a do art. 52 da Constituição Federal. in *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 25.

⁴⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e seus enunciados (já apontados nos itens 3.6.1, 3.7 e 3.8) são os seguintes:

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 15

1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

- a) **Participar da vida cultural;**
- b) **Desfrutar do progresso científico e suas aplicações;**
- c) **Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.**

2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a **finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.**

3. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

4. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.⁴⁷¹

(grifos nossos)

PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 14 – Direito aos benefícios da cultura

1. Os Estados-partes neste protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a:

- a) **Participar na vida cultural e artística da comunidade;**
- b) **Gozar de benefícios do progresso científico e tecnológico;**
- c) **Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora.**

2. Entre as medidas que os Estados-partes neste Protocolo deverão adotar para **assegurar o pleno exercício deste direito, figurarão as necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência, da cultura e da arte.**

3. Os Estados-partes neste Protocolo comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável para a pesquisa científica e a atividade criadora.

4. Os Estados-partes neste Protocolo reconhecem os benefícios que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais e, nesse sentido, comprometem-se a propiciar maior cooperação internacional nesse campo.⁴⁷²

(grifos nossos)

Aqui também encontramos o balanceamento justificador do direito de autor na tensão presente entre o mesmo e o direito de acesso à cultura. Portanto, aqui também podemos identificar o contributo mínimo como elemento constante do cerne desse balanceamento, pelos motivos já expostos.

Não indicamos aqui também a Declaração Universal dos Direitos do Homem porque sua normatividade tem origem no direito costumeiro e uma análise que considere mais rigidamente o sentido dado a “tratados internacionais” pelo § 2º do artigo 5º a excluirá, de pronto, como norma materialmente constitucional. No entanto, Ingo Sarlet nos alerta que

⁴⁷¹ INTERNACIONAL. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. In PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 415-424.

⁴⁷² INTERNACIONAL. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)*. In PIOVESAN, Flávia Op. cit. p. 562-570.

Todavia, também aqui (ainda que em detrimento do sentido literal) deve, à evidência, prevalecer a interpretação sistemática, que, na primorosa definição recentemente dada pelo ilustre professor gaúcho Juarez Freitas, deve ser considerada como “uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre as várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da confirmação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”⁴⁷³. Com efeito, considerando-se a *ratio* e o *telos* da norma contida no art. 5º, § 2º, da CF, não nos parece razoável excluir – ao menos em princípio – os direitos fundamentais consagrados pela Declaração de Direitos da ONU, ainda mais em se levando em conta que a maior parte das Constituições que a sucederam no tempo nela se inspiraram quando da elaboração de seu próprio “catálogo” de direitos fundamentais.⁴⁷⁴

Contudo, seja como for, foi da vontade de conferir normatividade de tratado à Declaração Universal dos Direitos do Homem que surgiu o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Dessa forma, seja através do enunciado do texto da Declaração Universal ou do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de ambas as formas os mesmos direitos pertinentes a nossa análise estão assegurados, de modo a garantir tanto ao direito de autor como ao direito de acesso à cultura o status de norma materialmente constitucional. O advento do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com texto muito similar ao do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, vem somente reafirmar isso.

De fato, a própria previsão expressa do exclusivo autoral e do acesso à cultura no texto constitucional (como visto no item anterior) já é, por si só, mais do que suficiente para garantir a esses direitos o status de norma constitucional (como visto, ambas com status de normas fundamentalmente constitucionais). Dessa forma, a análise procedida nesse item possuiu como finalidade maior apenas ressaltar a importância do balanceamento – e, conseqüentemente, do contributo mínimo, na qualidade de requisito, como elemento do mesmo – em decorrência também dos tratados de direitos humanos.

4.4. DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

4.4.1. Supremo Tribunal Federal

No Supremo Tribunal Federal apenas encontramos uma decisão, de 1966, que menciona a questão do contributo mínimo. É curioso perceber que a decisão utiliza o termo

⁴⁷³ [Nota do Original]: Cf. J. Freitas. *A Interpretação Sistemática do Direito*, p. 54. [Comentários omitidos].

⁴⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 128-129.

“originalidade” mas não é ele o indicativo da menção ao contributo mínimo. Assim é a ementa do acórdão:

1) O anotador de leis, **mesmo sem originalidade doutrinária, tem a proteção do direito autoral.** 2) Não há nulidade, se resulta da sentença, implícita mas necessariamente, que a reconvenção foi julgada improcedente, em consequência da procedência da ação.⁴⁷⁵
(grifos nossos)

À primeira vista o texto da ementa parece dizer que reconhece a existência de uma originalidade, mas que essa não deve ser necessariamente observada. Entretanto, o voto do Ministro Relator Victor Nunes nos esclarece que o sentido empregado não é esse:

A cuidadosa compilação da legislação extravagante, com anotações ao pé de cada dispositivo por ela modificado, representa um **esforço intelectual qualificado, ainda que sem originalidade doutrinária.** Esse esforço não pode ficar à margem da proteção do direito autoral, **porque ela não foi instituída apenas para autores excepcionais.** O anotador é, indiscutivelmente, autor, para os efeitos do amparo legal.⁴⁷⁶
(grifos nossos)

Aqui fica mais claro que o sentido do termo “originalidade”. Sempre seguido da palavra doutrinária, ele quer determinar que o conteúdo do texto do anotador de leis não é original no sentido de não trazer para o estudo do direito nenhum conteúdo que não tenha sido trazido por outros autores até então. Contudo, como o direito de autor protege a forma de expressão e não o conteúdo dessa expressão (dicotomia ideia-expressão), realmente o fato do anotador de leis não ter trazido elementos doutrinários novos para o estudo do direito em nada desqualifica a possibilidade de aquisição de direitos de autor.

Há também quem possa dizer que nessa decisão estava se exaltando algo correspondente ao *sweat of the brow* dos Estados Unidos. Entretanto não é isso que acontece porque apesar da decisão utilizar também a expressão “esforço intelectual” ela não aponta para *dispêndio de tempo e trabalho*, mas sim para a presença de “*um algo a mais*” já que tal expressão é seguida de “qualificado”. Além disso, ressalta ainda a decisão que o direito autoral não oferece garantias somente aos “autores excepcionais”, deixando ainda mais clara a correspondência com nossa concepção de contributo mínimo, ou seja, de o nível de criatividade não precisa ser excepcional, basta que haja um mínimo.

⁴⁷⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 30.406 – GB. Rel. Min. Victor Nunes, Primeira Turma, julgado em 11.04.1966, publicado em 25.05.1966. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=30406&classe=RE>> Acesso em 07 mai. 2009.

⁴⁷⁶ Ibid.

Desse modo, apesar de toda a confusão terminológica contida no acórdão, dá para perceber que o intuito da decisão era apontar para a presença de um contributo mínimo que justifique a aquisição de direitos de autor. Mesmo assim, o acórdão traz somente que o requisito tem amparo “legal” e em momento nenhum o trata como um requisito constitucional. Essa decisão foi proferida sob a égide da Constituição Brasileira de 1946, a qual trazia expressamente garantias relacionadas ao direito de autor em um texto semelhante ao da atual.⁴⁷⁷ E essa é a única decisão encontrada no Supremo Tribunal Federal que nos remete de alguma forma ao contributo mínimo.

4.4.2. Superior Tribunal de Justiça

Já em pesquisa realizada no Superior Tribunal de Justiça, foram encontradas diversas decisões que utilizam os mais variados termos para identificarem o que seria o contributo mínimo. Apresentamos, em ordem cronológica, as que encontramos na pesquisa. A primeira, de 1997, discute a possibilidade de uma marca ser também objeto de proteção autoral e a ementa resume bem o entendimento exarado no acórdão:

Direito autoral. Logotipo. Logomarca ou símbolo-marca. Obra intelectual. Criação advinda da relação de emprego. Tutela devida evolução histórica. Inexistência de direito de propriedade industrial. **Alegação de não-originalidade** e de criação coletiva. (...)

I - todo ato físico literário, artístico ou científico **resultante da produção intelectual do homem, criado pelo exercício do intelecto**, merece a proteção legal, o logotipo, sinal criado para ser o meio divulgador do produto, por demandar **esforço de imaginação, com criação de cores, formato e modo de veiculação, caracteriza-se como obra intelectual.**

II - sendo a logomarca tutelada pela lei de direitos autorais, são devidos direitos respectivos ao seu criador, mesmo ligada a sua produção a obrigação decorrente de contrato de trabalho. (...)⁴⁷⁸

(grifos nossos)

⁴⁷⁷ “Capítulo II. Dos Direitos e das Garantias individuais. Art 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 19 - Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.” A Constituição Brasileira de 1946 trazia ainda outra previsão expressa a respeito do direito de autor: “Art 203. Nenhum imposto gravará diretamente os direitos de autor, nem a remuneração de professores e jornalistas.” In BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm> Acesso em 05 set. 2009.

⁴⁷⁸ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 57449 - RJ*. Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do Julgamento 24.06.1997, Publicação DJ 08.09.1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400365870&dt_publicacao=08-09-1997&cod_tipo_documento=>> Acesso em 07 mai. 2009.

Nessa decisão percebemos claramente que o contributo mínimo, expressado através dos termos e expressões realçados em negrito, já era considerado como requisito pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em 1999 foi o julgamento de uma ação ajuizada por Erno Schneider em face de Jornal do Brasil S/A. O Jornal do Brasil havia publicado uma fotografia do autor a qual fora feita durante vigência de contrato de trabalho. A foto, intitulada “O Jânio Torto”, tinha recebido o Prêmio Esso de Jornalismo e a publicação se deu após findo o contrato de trabalho entre as partes e sem que o Jornal do Brasil tivesse pedido autorização de Erno Schneider. Antes de adentrar nessas questões específicas da lide, o Min. de Figueiredo Teixeira considerou em seu voto se a criação fazia ou não jus à proteção autoral e posicionou-se no sentido de que “a fotografia poderia ser [...] **caracterizada como obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem, etc.**”⁴⁷⁹ (grifos nossos). Esse é um típico caso em que o emprego de diversas palavras busca expressar algo que o ministro percebia que precisava estar presente, mas que ele talvez não soubesse dizer exatamente o que era: o mínimo grau criativo, o *contributo mínimo*.

Um ano depois, em mais um julgamento envolvendo obra fotográfica e, dessa vez, a lide envolvia publicação de fotografia pela W Brasil RJ Publicidade Ltda. com omissão do nome do autor, Luiz de Araújo Marques Filho. A fotografia, que havia sido selecionada para ilustrar propaganda da Sé Comércio e Indústria S/A (co-ré), retratava o então presidente Fernando Collor colocando compras em um carrinho de supermercado. Por conta disso, as rés alegaram que a foto não estava sob a égide de proteção do direito de autor. Ao tratar da questão, o Min. Barros Monteiro, seguindo o entendimento do Des. Guimarães e Souza e as lições de Carlos Alberto Bittar, conseguiu ser mais preciso em seu voto:

A foto em tela reproduz o Presidente da República da época, Fernando Collor de Mello, colocando no carrinho de supermercado as compras que ali havia feito, logo após haver sido editado o plano de estabilidade econômica do Governo. Trata-se, como se pode notar, de um gesto inusitado provindo do mais alto mandatário da nação. Tanto revela o cunho artístico da obra que, dentre inúmeras outras, foi ela selecionada para ilustrar a propaganda da co-ré “Sé Comércio e Indústria S/A”.

⁴⁷⁹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 121.757 - RJ*. Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do Julgamento 26.10.1999, Publicação DJ 08.03.2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700147649&dt_publicacao=08-03-2000&cod_tipo_documento=>> Acesso em 07 mai. 2009. Entendimento idêntico a esse do trecho destacado também foi exarado em caso semelhante: BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 617.130 - DF*. Terceira Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Data do Julgamento 17.03.2005, Publicação DJ 02.05.2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=515073&sReg=200302083816&sData=20050502&formato=PDF> Acesso em 07 mai. 2009.

Evocou o Sr. Desembargador Guimarães e Souza, em voto vencedor quando do julgamento da apelação, o escólio do Prof. Carlos Alberto Bittar, para quem **qualquer obra deve ser amparada como criação intelectual, desde que apresente um mínimo de originalidade** (cfr. fls. 142). Não há como negar-se que a foto então empregada satisfaz o mencionado requisito, tal como teve ocasião concluir aquele preclaro julgador.

Cuida-se, portanto, de uma criação artística, que se encontra sob o pálio da Lei n.º 5.988/73.⁴⁸⁰

(grifos nossos)

Em 2002 foi julgado um caso que ficou mais conhecido por conta de ter levantado a questão se uma petição inicial poderia ou não ser protegida por direito de autor. Ao contrário do que já foi dito⁴⁸¹, não foi decidido que a petição inicial não é objeto de proteção autoral; pelo contrário, foi decidido que no caso em questão a petição inicial não fazia jus a essa proteção, mas o tribunal não descartou a hipótese de uma petição inicial vir a ser protegida por direito de autor, se houver “criação literária” – ou, em outras palavras, *contributo mínimo*. Vejamos o voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar:

Tudo está em saber se a petição de que se trata constitui obra literária cuja utilização sem o consentimento dos seus autores requer a aplicação da lei protetiva do direito autoral.

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. Ensina Ascensão: "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" (op. cit. p. 40).

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. "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" (Ascensão, p. 51 e 60).

O Prof. Carlos Fernando Mathias de Souza lembra a inovação introduzida pela nova lei ao definir os casos que não são objeto de proteção, enumerados no art. 8º, entre os quais se incluem as decisões judiciais.

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

⁴⁸⁰ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 69134 - SP*. Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro. Data do Julgamento 19.09.2000, Publicação DJ 30.10.2000 p. 159. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IMG&sequencial=71392&num_registro=199500329425&data=20001030&formato=PDF> Acesso em 07 mai. 2009.

⁴⁸¹ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CASTILHOS, Cristiano Borges; MOURA, Paulo Nadir Rosa de. *Advogados têm direito de autor sobre as petições? Uma breve discussão introdutória a partir de decisões concretas*. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 308.

judiciais (e neles incluo a petição inicial e outros arazoados), **"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**.

Nesse ponto, o egrégio Tribunal examinou os fatos e concluiu de modo contrário, daí que a revisão do tema significaria violar a Súmula 7/STJ.⁴⁸²
(grifos nossos)

Portanto, a decisão foi no sentido de que há sim a possibilidade de uma petição inicial ser protegida por direito de autor, desde que haja a presença do requisito do contributo mínimo. A ementa desse caso ainda é mais clara:

DIREITO AUTORAL. **Petição inicial**. Trabalho forense. **Por seu caráter utilitário, a petição inicial somente estará protegida pela legislação sobre direito autoral se constituir criação literária**, fato negado pelas instâncias ordinárias. Súmula 7/STJ. Recurso não conhecido.⁴⁸³
(grifos nossos)

Em 2004 foi proferida a decisão a respeito de compilação de música a qual já mencionamos no presente trabalho. Nela o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, em decisão monocrática, manteve decisão do tribunal *a quo* no sentido de que somente criações que atendam o requisito de contributo mínimo merecem proteção:

O acórdão, porém, examinando a questão considerou que "salta aos olhos a **inexistência de qualquer criação intelectual na obra em tela, vez que mera pesquisa e seleção das músicas mais conhecidas dos seresteiros brasileiros não demanda qualquer utilização do intelecto do compilador**, em face da restrição do próprio objeto sobre o qual recaiu a escolha, o mesmo se podendo dizer da adoção de critério de paginação facilitador, **ausente se encontrando qualquer novidade originada do espírito**, por mais valioso que seja o trabalho de prospecção das canções e inclusive de obtenção de autorização de todos os autores cujas obras foram aproveitadas" (fl. 35). Afirmou o Tribunal que "não pode o apelante Alexandre Pimenta irrogar para si a idéia de se compilar em uma obra o repertório de cancionário de serestas, bem como invocar a utilização de capacidade criativa por meio de escolha de músicas cujo universo já se encontrava previamente delimitado, **dúvida não havendo, assim, de que a forma de seleção e organização das canções na obra não decorreu de sua atividade inventiva, de criação de seu espírito, mas de simples, ainda que magistral, trabalho de cotejo das músicas destinadas a satisfazer as orientações daquele que requisitou seu trabalho**" (fl. 36).

A pretensão recursal para ser acolhida demandaria, inevitavelmente, o reexame de aspectos fático-probatórios, o que atrai a incidência da Súmula nº 07/STJ.⁴⁸⁴
(grifos nossos)

⁴⁸² BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 351358 - DF*. Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Data do Julgamento 04.06.2002, Publicação DJ 16.09.2002 p. 192. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=107711&sReg=200101109466&sData=20020916&formato=PDF> Acesso em 07 mai. 2009.

⁴⁸³ Ibid.

⁴⁸⁴ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 604.956 - MG*. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Data do Julgamento 30.09.2004. Publicado em 22.10.2004. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=1462753&formato=PDF>> Acesso em 07 mai. 2009.

Em outro caso julgado em 2007, o qual envolvia propaganda da cerveja Kaiser, o voto do Min. Humberto Gomes de Barros aborda a questão do *contributo mínimo* como requisito:

A campanha registrada pelo ora recorrente - **expressão de sua criatividade e originalidade** - merece proteção por parte do direito autoral, que resguarda direitos de ordem moral e patrimonial (Art. 22 da Lei n.º 9.610/98). Os direitos morais são aqueles pessoais que vinculam o criador à sua obra (Art. 24). Os patrimoniais, aqueles inerentes aos atos de fruir e de dispor publicamente da obra (Art. 28).

Não se deve fazer a distinção, na obra, entre a expressão "A Cerveja Nota Dez" e a imagem formada pela garrafa e a tampinha, como fez o Tribunal de origem.

O toque artístico é, justamente, a junção da expressão publicitária com a imagem formada pelos elementos do produto a ser comercializado. O trabalho deve ser visto como um todo, ainda que a expressão "nota dez" seja de uso popular.⁴⁸⁵

(grifos nossos)

Ao dizer que a junção da expressão “nota dez” com a imagem cria o “toque artístico” fica claro que aí o ministro identifica a existência de criatividade, mesmo que mínima, suficiente para qualificar a criação como obra protegida.

Encontramos ainda outras cinco decisões monocráticas⁴⁸⁶ que parecem fazer menção do *contributo mínimo* como requisito com base no acórdão do tribunal *a quo*. Dizemos “parecem” porque essas decisões monocráticas mantêm os respectivos acórdãos recorridos com base na Súmula n.º 7 do STJ⁴⁸⁷ sem, portanto, analisar a questão, nos deixando, assim, com poucos elementos para saber se as referências certamente correspondem ao *contributo mínimo*. Mencionamo-los aqui somente em prol da completude da pesquisa.

⁴⁸⁵ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 655035 - PR*. Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Data do Julgamento 07.05.2007, Publicado em DJ 13.08.2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=655884&sReg=200400513050&sData=20070813&formato=PDF> Acesso em 07 mai. 2009.

⁴⁸⁶ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 270.912- RJ*. Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler. Data do Julgamento 02.12.1999, Publicado em DJ 13.12.1999. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=%22solu%E7%E3o+vi%E1ria%22&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=1#DOC1> Acesso em 07 mai. 2009.;

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 690.625 - RJ*. Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi. Data do Julgamento 26.07.2005, Publicado em DJ 09.08.2005. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=1918063&formato=PDF>> Acesso em 07 mai. 2009.;

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 902.810 - DF*. Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi. Data do Julgamento 05.07.2007, Publicado em DJ 03.08.2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=3238058&formato=PDF>> Acesso em 07 mai. 2009.;

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 888.279 - PR*. Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento 17.12.2008, Publicado em DJ 03.02.2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=4562683&formato=PDF>> Acesso em 07 mai. 2009.;

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 827.524 - RJ*. Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Data do Julgamento 04.07.2007, Publicado em DJ 14.08.2007. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=3236346&formato=PDF>> Acesso em 07 mai. 2009.

⁴⁸⁷ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 7*. Data do Julgamento: 28.06.1990. Publicado em DJ 03/07/1990 p. 6478; RSTJ vol. 16 p. 157; RT vol. 661 p. 172.

De todo o modo, cabe ressaltar que além das decisões encontradas (e aqui já apresentadas) nessa pesquisa no Superior Tribunal de Justiça, não identificamos mais nenhuma que abordasse de alguma forma da questão do contributo mínimo. Importante se observar que nenhuma das decisões encontradas de modo algum disse, sequer implicitamente, que no contributo mínimo não é um requisito a ser observado. Isso só reforça ainda mais a importância do instituto e demonstra que o mesmo vem sendo aplicado pelos tribunais superiores brasileiros como requisito para aquisição de proteção por direito de autor; apesar de não ter sido feita nenhuma ressalva, em ambos os tribunais superiores de que o contributo mínimo seja um requisito constitucional – o que é compreensível pela pouca atenção até hoje dada ao instituto com a abordagem do presente trabalho.

4.5. REPERCUSSÕES DO CASO *FEIST*

4.5.1. Caso *Tele-Direct* no Canadá⁴⁸⁸

Chegou na Federal Court of Appeal do Canadá também um caso envolvendo listas telefônicas. A principal questão referente ao caso é se a apelante *Tele-Direct Publications Inc.* possui direitos de autor (*copyright*) sobre a compilação de informações contida em um diretório telefônico (*yellow pages*). Diferente do caso *Feist* nos Estados Unidos, a *Tele-Direct* argumenta possuir direito de autor somente sobre a organização das informações, mas não pelas informações em si.

Em 1993, para implementação do acordo NAFTA, o *Copyright Act* do Canadá foi substancialmente alterado quanto a proteção de compilações. Antes da referida alteração apenas se protegia compilações de obras literárias; após, passou-se a proteger também compilações de obras artísticas, dramáticas e musicais, fazendo-se também a ressalva de que persistiria compilação independente da forma de expressão da mesma. Além disso, o *Copyright Act* foi alterado para atender à definição de “compilação” trazida pelo acordo NAFTA, qual seja, de que “‘*compilation*’ means (a) a work resulting from the selection or arrangement of literary, dramatic, musical or artistic works or of parts thereof, or (b) a work resulting from the selection or arrangement of data”.

⁴⁸⁸ As informações desse item cujas fontes não foram indicadas foram retiradas de CANADÁ. *Federal Court of Appeal. Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 F.C. 22. Disponível em: <<http://www.canlii.org/en/ca/fca/doc/1997/1997canlii6378/1997canlii6378.html>> Acesso em 14 ago. 2009.

Como dissemos anteriormente, nem sempre o significado de originalidade (*originality*) corresponde ao de contributo mínimo. Durante muito tempo no Canadá o requisito da originalidade foi aplicado com a mesma concepção do *sweat of the brow* dos Estados Unidos e esse parecia ser o entendimento prevalecente a respeito do assunto. Contudo, depois dessa mudança levada ao *Copyright Act* do Canadá pelo acordo NAFTA, segundo *Justice Denault* manifestou-se nesse julgamento, a concepção de originalidade passou a ser a de “mínimo grau de criatividade”; ou seja, a de contributo mínimo como adotamos no presente trabalho. Nas palavras de *Justice Denault*:

More importantly, the addition of the definition of "compilation" in so far as it relates to "a work resulting from the selection or arrangement of data" appears to me to have decided the battle which was shaping up in Canada between partisans of the "creativity doctrine" according to which compilations must possess at least some minimal degree of creativity" and the partisans of the "industrious collection" or "sweat of the brow doctrine" wherein copyright is a reward for the hard work that goes into compiling facts.⁴⁸⁹

E continua:

Clearly, what the parties to the Agreement wanted to protect were compilations of data that "embody original expression within the meaning of [the Berne] Convention"⁴⁹⁰ and that constitute "intellectual creations". The use of these last two words is most revealing: compilations of data are to be measured by standards of intellect and creativity. As these standards were already present in Anglo-Canadian jurisprudence "as we shall see later" I can only assume that the Canadian government in signing the Agreement and the Canadian Parliament in adopting the 1993 amendments to the Copyright Act expected the Court to follow the "creativity" school of cases rather than the "industrious collection" school.⁴⁹¹

Por se tratar de uma uniformização levada pelo acordo NAFTA ao Canadá, aos Estados Unidos e ao México, *Justice Denault* faz referência expressa ao caso *Feist* em sua decisão, nos seguintes termos:

I wish to say a few words, finally, on some recent American jurisprudence which counsel for the respondent has invoked, not as binding authorities but as useful guides, in support of his position. As I have noted before, it is permissible for Canadian courts to "find some assistance" in authoritative United States courts decisions in matters of copyright, provided that Canadian courts proceed "very carefully" in doing so. For reasons I have already explained, it could be useful in the instant case to have regard to the United States experience.

In *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, decided prior to the coming into force of NAFTA, the United States Supreme Court has found that names, towns and telephone numbers of subscribers in local white pages telephone directories were uncopyrightable facts and that these bits of information were not selected, coordinated, or arranged in an original way. In the course of her reasons, O'Connor J. stated the following, at page 1296:

⁴⁸⁹ CANADÁ. Op. cit.

⁴⁹⁰ [Nota do Original]: Under Art. 1701(2)(b) of NAFTA, the *Convention for the Protection of Literary and Artistic Works* (the Berne Convention) is that of 1971.

⁴⁹¹ CANADÁ. Op. cit.

As mentioned, originality is not a stringent standard; it does not require that facts be presented in an innovative or surprising way. It is equally true, however, that the selection and arrangement of facts cannot be so mechanical or routine as to require no creativity whatsoever. The standard of originality is low, but it does exist.

These words, in my view, could have been said in a Canadian context.

(...)

At the end of the day, I come to the conclusion that there is a fortunate similarity in matters of compilation of data between the American approach and our own. I need not say more.⁴⁹²

Por fim, o voto foi no sentido de que não há *originalidade (contributo mínimo)* nas *Yellow Pages da Tele-Direct*.

4.5.2. Caso *Telstra* na Austrália⁴⁹³

Também na Austrália houve uma disputa envolvendo proteção por direitos de autor e listas de diretório telefônico. Mais uma vez a questão analisada é saber se o diretório de páginas amarelas e brancas da *Telstra Corporation Ltd* possui ou não proteção por direitos de autor (*copyright*). Esse julgamento é bem interessante porque aborda bem claramente o conflito entre as duas principais formas de se ver o requisito da originalidade (*originality requirement*): como *contributo mínimo* ou como *sweat of the brow*. *Justice Finkelstein* assim fala sobre a questão:

There is debate as to the meaning of "originality" in copyright law. Everyone agrees that for a work to be "original" it must be independently created by the author; that is, it must not be copied from another work. But there is a further requirement. The disagreement concerns the nature of that requirement. There are two schools of thought. On the one hand there are those who say that copyright will only protect intellectual effort, and unless there is at least some intellectual labour in the creation of a work, it cannot be "original".

(...)

On the other hand there is a school that argues that at least in respect of a compilation, the originality requirement will be satisfied if there has been some effort expended in producing the work, especially effort in gathering or collecting the factual data that is reproduced, though there be no ingenuity in the arrangement or presentation of that data.⁴⁹⁴

Justice Finkelstein faz farta análise a respeito de cada uma das escolas. Devido a grande repercussão do caso *Feist* e, posteriormente do caso *Tele-Direct*, ambos foram mencionados na defesa do apelado. *Justice Finkelstein* assim escreveu a respeito de ambos os casos:

⁴⁹² Ibid.

⁴⁹³ As informações desse item cujas fontes não foram indicadas foram retiradas de AUSTRÁLIA. *Federal Court of Australia. Telstra Corporation Limited v Desktop Marketing Systems Pty Ltd* [2001] FCA 612 (25 May 2001). Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/2001/612.html> Acesso em 14 ago. 2009.

⁴⁹⁴ Ibid. §§ 8-9.

There are policy reasons both for and against the result in *Feist* and *Tele-Direct (Publishers) Inc.* On the one hand, the ability to prevent others from appropriating information in a compilation of facts will severely limit the ability of later authors to build upon the earlier works. This may impair progress in both the sciences and the arts: see the observations of R C Denicola, "Copyright in Collections of Facts: A Theory for the Protection of Non-fiction Literary Work", 81 *Columbia Law Review* 516 (1981). On the other hand, there are those who argue that the abandonment of the "sweat of the brow" theory has threatened the progress of information. The argument is that the collection of factual material is essential to the economy. Databases provide a wealth of information to business people, professionals, scientists and consumers. If copyright protection is not given, the investment of the time and money that is required to produce these compilations will not be forthcoming: J R Boyarski, "The Heist of *Feist*: Protections for Collections of Information and the Possible Federalization of 'Hot News'", 21 *Cardozo Law Review* 871 (1999). (...)

Quite apart from matters of policy, it might be said that the very nature of copyright requires the work to be the product of creative thought. The first copyright statute was enacted "for the Encouragement of learned Men to compose and write useful Books". These books were necessarily the result of the author's intellectual effort. That was also true of other works (engravings, sculptures, dramatic works and the like) that were given copyright protection by the early statutes. But a compilation is of a different character from a work of art or literature. This is especially true of a compilation of facts that are in the public domain. For this type of compilation to come into existence, the facts must be selected, collected, arranged in a particular fashion, and then produced in some form. It may be possible to describe as creative the processes of selection, collection or arrangement. But the creativity is of a different order from that involved in producing a work of art or literature. The English cases seem implicitly to accept this proposition, because the originality requirement for a compilation could not be the same as for other works. More particularly, when it was held that copyright could subsist in a work such as a chemist's stock list (*Collis v Cater*), the preparation of which involved no intellectual effort, it was apparent that a work could be original in the absence of creativity. The old view of originality had disappeared. So, copyright protection could be claimed by a person who brought out a directory in consequence of an expensive, complicated and well organised venture, even if there was no creativity in the selection or arrangement of the data.⁴⁹⁵

Contudo, no presente caso, ao contrário dos anteriores, não estava em questão a disposição e seleção de fatos em ordem alfabética. Até havia sim uma organização alfabética, mas *Telstra Corporation Ltd* havia criado listas dentro de tópicos específicos para identificação de produtos e serviços as quais possuem, ainda, referência cruzada. Um dos exemplos dados na decisão é do tópico "*Accommodation Inquiry Services*" que faz referência cruzada a "*Real Estate Agents*" codificada de um modo que indica a presença desse mesmo tópico de *white pages* em *yellow pages* e ainda faz referência cruzada a "*Flat Sharing*", "*Holiday Accommodation*", "*House Sharing*" e "*Share Accommodation*" codificado de uma forma que indica que há esses tópicos no índice, mas não no corpo do diretório.

O acórdão traz também dados a respeito do uso dos mesmos tópicos adotados pela *Telstra* em outros diretórios de listas telefônicas. A partir dessa análise conclui que comparados os tópicos do diretório da *Telstra* com o de outros que não a litigante *Desktop Marketing Systems Pty Ltd* o número de tópicos idênticos ou equivalentes é muito baixo em relação à quantidade total de tópicos; enquanto que, comparados à litigante *Desktop* o número

⁴⁹⁵ Ibid. §§ 83-84.

de tópicos idênticos ou equivalentes é muito grande. Além disso, levantou-se também a questão de que o nome dado a cada um dos tópicos não são obrigatórios em relação à função do diretório, de modo que outros nomes alternativos poderiam ter sido adotados. *Justice Finkelstein* deixou bem claro, ainda, que a questão não envolve a aparência, funcionalidade, finalidade, entre outros, dos diretórios; e sim somente a forma como os fatos são organizados como um todo e se essa organização faz jus a proteção por direito de autor (*copyright*). Apesar de isso não ser dito de forma expressa no acórdão, parece que a conclusão final optou pela interpretação do *originality requirement* como contributo mínimo, já que no desenrolar do voto não há qualquer menção que possa nos levar ao *sweat of the brow*. Nesse ponto, foi reconhecido o direito de autor (*copyright*) da *Telstra* sobre o diretório.

Justice Finkelstein ressalta, por fim, a importância de que, além dos fatos serem organizados de uma forma que faça jus a proteção autoral, deve haver, de igual forma, similaridade tal entre essa organização dos diretórios que configure reprodução. Assim, com base em todas as informações estatísticas apresentadas nesse sentido, a *Desktop Marketing Systems Pty Ltd* foi condenada por infração de direito de autor (*copyright*).

5. AQUISIÇÃO DA PROTEÇÃO POR DIREITOS DE AUTOR

If creativity is a field, copyright is a fence.

*John Oswald*⁴⁹⁶

5.1. A PROBLEMÁTICA DOS REQUISITOS PARA AQUISIÇÃO DE DIREITOS DE AUTOR

Mais um dos pontos controvertidos em matéria de direitos de autor é a identificação dos requisitos que devem ser preenchidos por uma obra para que ela possa fazer jus a tal proteção. Os textos normativos, como um fenómeno mundial, procuram se esquivar de determinar exatamente o que é ou não protegido por direito de autor. Nos tribunais percebemos que em países como os Estados Unidos, Reino Unido e França já há uma abordagem do tema para fundamentação das decisões no tocante aos institutos da *originalidade (lato sensu)* e do *contributo mínimo*; contudo, no Brasil não são raros os julgados que sequer levam em consideração o preenchimento de requisitos quando da análise de criações potencialmente consideradas como obras protegíveis. Na doutrina geralmente fala-se do objeto de proteção, dos titulares do direito de autor e do conteúdo do direito de autor; sem se tratar, entretanto, de forma específica da delimitação de um rol de requisitos para aquisição dos direitos.

Trazemos, a seguir, alguns exemplos de como tem sido a abordagem do tema em textos normativos e nos tribunais brasileiros.⁴⁹⁷

5.1.1. Textos Normativos

A lei de direitos autorais brasileira é um exemplo da falta de delineamento de requisitos e de critérios para identificar o que é *obra protegida*. Ao tratar das obras protegidas a LDA apenas enumera as criações que assim são consideradas (artigo 7º) e as que entende

⁴⁹⁶ Compositor, saxofonista e dançarino canadense muito conhecido por ter criado o projeto *Plunderphonics*. WIKIPEDIA, *The free encyclopedia. John Oswald (composer)*. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/John_Oswald_\(composer\)](http://en.wikipedia.org/wiki/John_Oswald_(composer))> Acesso em 21 out. 2009. Citação encontrada em LANDY, Leigh. *Understanding the art of sound organization*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2007. p. 117.

⁴⁹⁷ Não apresentamos exemplos da abordagem doutrinária porque entendemos ser desnecessário cansar o leitor com a apresentação de sumários e índices das obras de juristas para comprovar que o tema geralmente é abordado separando-se “objeto de proteção”, “titulares do direito de autor” e “conteúdo do direito de autor”, sem se tratar especificamente de requisitos (que, como será visto, mistura os conceitos de objeto de proteção com o de sujeito da proteção).

não possuir essa qualidade (artigo 8º). Dessa maneira, o legislador brasileiro se esquivou de determinar os requisitos para proteção autoral e os parâmetros objetivos para se identificar tais obras. Podemos verificar isso na transcrição abaixo:

BRASIL – Lei de Direitos Autorais – LDA

Título II: Das Obras Intelectuais.

Capítulo I: Das Obras Protegidas.

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

- I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;
 - II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza;
 - III - as obras dramáticas e dramático-musicais;
 - IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;
 - V - as composições musicais, tenham ou não letra;
 - VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
 - VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
 - VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
 - IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
 - X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
 - XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
 - XII - os programas de computador;
 - XIII - 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.
- § 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.
- § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.
- § 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

Art. 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;
- 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 idéias contidas nas obras.⁴⁹⁸

Esse, entretanto, não é um fenômeno apenas interno. O que o legislador brasileiro fez foi seguir o modelo de outros países e, principalmente, da Convenção de Berna. A LDA vigente foi criada atendendo aos padrões mínimos determinados por essa convenção.⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ BRASIL. Lei n.º 9.610 de de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm> Acesso em 10 set. 2009.

⁴⁹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 15-16.

CONVENÇÃO DE BERNA

Artigo 2

1) Os termos «obras literárias e artísticas» abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras, as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ou da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por um processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.

2) Os países da União reservam-se, entretanto, a faculdade de determinar, nas suas legislações respectivas, que as obras literárias e artísticas, ou ainda uma ou várias categorias delas, não são protegidas enquanto não tiverem sido fixadas num suporte material.

3) São protegidas como obras originais, sem prejuízo dos direitos do autor da obra original, as traduções, adaptações, arranjos de musicais e outras transformações de uma obra literária ou artística.

4) Os países da União reservam-se a faculdade de determinar, nas legislações nacionais, a proteção a conceder aos textos oficiais de caráter legislativo, administrativo ou judiciário, assim como as traduções oficiais desses textos.

5) As compilações de obras literárias ou artísticas, tais como enciclopédias e antologias, que, pela escolha ou disposição das matérias, constituem criações intelectuais, são como tais protegidas, sem prejuízo dos direitos dos autores sobre cada uma das obras que fazem parte dessas compilações.

6) As obras acima designadas gozam de proteção em todos os países unionistas. A proteção exerce-se em benefício dos autores e de seus legítimos representantes.

7) Os países da União reservam-se a faculdade de determinar, nas legislações nacionais, o âmbito de aplicação das leis referentes às obras de arte aplicada e aos desenhos e modelos industriais, assim como as condições de proteção de tais obras, desenhos e modelos, levando em conta as disposições do artigo 7.4 da presente Convenção. Para as obras protegidas exclusivamente como desenhos e modelos no país de origem não pode ser reclamada, nos outros países unionistas, senão a proteção especial concedida aos desenhos e modelos nesses países; entretanto, se tal proteção especial não é concedida nesse país, estas obras serão protegidas como obras artísticas.

8) A proteção da presente convenção não se aplica às notícias do dia ou às ocorrências diversas que têm o caráter de simples informações de imprensa.

Artigo 2bis

1) Os países da União reservam-se a faculdade de excluir, nas legislações nacionais, parcial ou totalmente, da proteção do 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.⁵⁰⁰

Assim, tendo em vista que há 164 países em todo o mundo que incorporaram em seus direitos internos os padrões mínimos da Convenção de Berna criando um direito uniformizado, não é nenhuma surpresa encontrarmos esse modelo de determinação do que é

⁵⁰⁰ INTERNACIONAL. Convenção Universal sobre Direito de Autor. In SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003.

ou não obra protegida em diversos ordenamentos jurídicos. Alguns exemplos de importantes países encontram-se abaixo:

ESTADOS UNIDOS

§ 102 · Subject matter of copyright: In general

(a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories:

- (1) literary works;
- (2) musical works, including any accompanying words;
- (3) dramatic works, including any accompanying music;
- (4) pantomimes and choreographic works;
- (5) pictorial, graphic, and sculptural works;
- (6) motion pictures and other audiovisual works;
- (7) sound recordings; and
- (8) architectural works.

(b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.⁵⁰¹

REINO UNIDO

Subsistence, ownership and duration of copyright

Introductory

1 Copyright and copyright works

(1) Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work—

- (a) original literary, dramatic, musical or artistic works,
- (b) sound recordings, films, broadcasts or cable programmes, and
- (c) the typographical arrangement of published editions.

(2) In this Part “copyright work” means a work of any of those descriptions in which copyright subsists.

(3) Copyright does not subsist in a work unless the requirements of this Part with respect to qualification for copyright protection are met (see section 153 and the provisions referred to there).

(...)⁵⁰²

FRANÇA

Article L112-1

Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination.

Article L112-2

Sont considérés notamment comme oeuvres de l'esprit au sens du présent code :

- 1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ;
- 2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres oeuvres de même nature ;
- 3° Les oeuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;
- 4° Les oeuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en oeuvre est fixée par écrit ou autrement ;
- 5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ;
- 6° Les oeuvres cinématographiques et autres oeuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble oeuvres audiovisuelles ;
- 7° Les oeuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;
- 8° Les oeuvres graphiques et typographiques ;
- 9° Les oeuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ;
- 10° Les oeuvres des arts appliqués ;

⁵⁰¹ ESTADOS UNIDOS. Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. *United States Copyright Office*. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/title17/>> Acesso em 24 set. 2009.

⁵⁰² REINO UNIDO. Copyright, Designs and Patents Act 1988. *Office of Public Sector Information – OPSI*. Disponível em: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga_19880048_en_1.htm> Acesso em 24 set. 2009.

- 11° Les illustrations, les cartes géographiques ;
 12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ;
 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ;
 14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement.⁵⁰³

ALEMANHA

Section II Works

Article 2 Protected Works

(1) Protected literary, scientific and artistic works shall include, in particular:

1. works of language, such as writings, speeches and computer programs;
2. musical works;
3. works of pantomime, including choreographic works;
4. works of fine art, including works of architecture and of applied art and plans for such works;
5. photographic works, including works produced by processes similar to cinematography;
6. illustrations of a scientific or technical nature, such as drawings, plans, maps, sketches, tables and three-dimensional representations.

(2) Personal intellectual creations alone shall constitute works within the meaning of this Law.⁵⁰⁴

PORTUGAL

CAPÍTULO I

Da obra protegida

Artigo 1.º - Definição

1 — Consideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo -se nessa protecção os direitos dos respectivos autores.

2 — As ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas não são, por si só e enquanto tais, protegidos nos termos deste Código.

3 — Para os efeitos do disposto neste Código, a obra é independente da sua divulgação, publicação, utilização ou exploração.

Artigo 2.º - Obras originais

1 — As criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objectivo, compreendem nomeadamente:

- a) Livros, folhetos, revistas, jornais e outros escritos;
- b) Conferências, lições, alocuções e sermões;
- c) Obras dramáticas e dramático-musicais e a sua encenação;
- d) Obras coreográficas e pantomimas, cuja expressão se fixa por escrito ou por qualquer outra forma;
- e) Composições musicais, com ou sem palavras;
- f) Obras cinematográficas, televisivas, fonográficas, videográficas e radiofónicas;
- g) Obras de desenho, tapeçaria, pintura, escultura, cerâmica, azulejo, gravura, litografia e arquitectura;
- h) Obras fotográficas ou produzidas por quaisquer pro-cessos análogos aos da fotografia;
- i) Obras de artes aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de design que constituam criação artística, independentemente da protecção relativa à propriedade industrial;
- j) Ilustrações e cartas geográficas;
- l) Projectos, esboços e obras plásticas respeitantes à arquitectura, ao urbanismo, à geografia ou às outras ciências;
- m) Lemas ou divisas, ainda que de carácter publicitário, se se revestirem de originalidade;
- n) Paródias e outras composições literárias ou musicais, ainda que inspiradas num tema ou motivo de outra obra.

2 — As sucessivas edições de uma obra, ainda que corrigidas, aumentadas, refundidas ou com mudança de título ou de formato, não são obras distintas da obra original, nem o são as reproduções de obra de arte, embora com diversas dimensões.^{505 506}

⁵⁰³ FRANÇA. Code de la propriété intellectuelle. *Legifrance. Le service public de la diffusion du droit*. Disponível em : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20090925>> Acesso em 24 set. 2009.

⁵⁰⁴ ALEMANHA. Copyright Law (Urheberrechtsgesetz, UrhG). *Translation provided by the International Bureau of WIPO. IUSCOMP The Comparative Law Society*. Disponível em : <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/UrhG.htm>> Acesso em 24 set. 2009.

O único dentre os tratados multilaterais em matéria de direito de autor que se esquivou dessa extensa enumeração foi a Convenção Universal do Direito de Autor. Contudo, também não há nenhuma surpresa nisso já que ela foi elaborada com o fim de abrigar em um acordo multilateral países – principalmente os Estados Unidos – que não participavam da Convenção de Berna por considerarem seus padrões mínimos muito altos e conflituosos com a política interna sobre direito da propriedade intelectual. Apesar dessa convenção ter perdido muito sua importância após entrada dos Estados Unidos na Convenção de Berna⁵⁰⁷, é oportuno mencioná-la para que possamos perceber a diferença do nível do padrão mínimo de proteção de cada uma delas.

CONVENÇÃO UNIVERSAL DO DIREITO DE AUTOR

Artigo 1

Os estados contratantes comprometem-se a tomar todas as disposições necessárias para assegurar a proteção suficiente e eficaz dos direitos dos autores e de quaisquer outros titulares dos mesmos direitos sobre as obras literárias, científicas e artísticas, tais como os escritos, as obras musicais, dramáticas e cinematográficas, as pinturas, gravuras e esculturas.⁵⁰⁸

Esse é um fenômeno que ocorre desde os primeiros textos normativos sobre direito de autor. De fato, segundo Jean Cavalli, desde os primeiros acordos bilaterais a respeito do tema (1840-1885) – que como visto no capítulo 1, também influenciaram muito o conteúdo do direito de autor no direito interno dos Estados signatários – esse modelo de enumeração do que é entendido como obra protegida já existia. Isto porque os conteúdos dos tratados eram muito parecidos por seguirem um modelo comum e, dessa forma,

Los tratados internacionales protegían a los autores de diferentes categorías de obras (o a sus causahabientes). Se trataba normalmente de autores de libros, folletos u otros escritos, obras dramáticas, composiciones musicales, dibujo, pintura, escultura, grabado, litografía, la fotografía – ocasionalmente –, cartas geográficas, planos, croquis y “toda otra producción

⁵⁰⁵ PORTUGAL. Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. *Ministério da Cultura. Gabinete de Planeamento, Estratégia, Avaliação e Relações Internacionais*. Disponível em: <<http://www.gpearl.pt/default.aspx?cn=6149AAAAAAAAAAAAAAAAAAAAA>> Acesso em 24 set. 2009.

⁵⁰⁶ Note-se que o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos de Portugal trás a maior enumeração de todas, a qual se estende do artigo 1º ao 8º. Dessa forma, só apresentamos como exemplo parte dessa enumeração.

⁵⁰⁷ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 193.

⁵⁰⁸ INTERNACIONAL. *Convenção Universal sobre Direito de Autor*. In SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003. p. 231-259.

análoga en el campo literario e artístico”⁵⁰⁹. La enumeración que figuraba en los tratados era, por consiguiente, ejemplificativa y no limitativa.⁵¹⁰

Na mesma linha, o TRIPs, apresenta tanto a enumeração positiva quanto uma pequena enumeração negativa:

TRIPs

ARTIGO 9 - Relação com a Convenção de Berna

1 - Os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 21 e no Apêndice da Convenção de Berna (1971). Não obstante, os Membros não terão direitos nem obrigações, neste Acordo, com relação aos direitos conferidos pelo art.6 "bis" da citada Convenção, ou com relação aos direitos dela derivados.

2 - A proteção do direito do autor abrangerá expressões e não idéias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos como tais.

ARTIGO 10 - Programas de Computador e Compilações de Dados

1 - Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971).

2 - As compilações de dados ou de outro material, legíveis por máquina ou em outra forma, que em função da seleção ou da disposição de seu conteúdo constituam criações intelectuais, deverão ser protegidas como tal. Essa proteção, que não se estenderá aos dados ou ao material em si, se dará sem prejuízo de qualquer direito autoral subsistente nesses dados ou material.⁵¹¹

Portanto, esse é um fenômeno que se repete nas legislações estrangeiras e no cenário internacional. A respeito disso, Antônio Chaves comenta que

Constituiu, na verdade, problema sério saber se deviam ou não serem especificadas as criações do espírito que merecem amparo, não parecendo fácil ao legislador agrupar as diferentes obras intelectuais de maneira a enquadrá-las num único dispositivo.

A matéria só adquiriu contornos mais simples e definidos depois da revisão de Berlim da Convenção de Berna (art. 2).

A Lei pátria n.º 5.988, seguindo o exemplo, enumera, de maneira não taxativa, no art. 6.º, as [...] "criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas".⁵¹²

5.1.2. Tribunais Brasileiros

Olhando para decisões de tribunais conseguimos perceber como a falta de atenção aos requisitos para proteção por direito de autor pode mudar completamente o rumo de um julgamento. Em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se claramente que

⁵⁰⁹ [Nota do Original]: RENAULT, Louis, *De la propriété littéraire et artistique au point de vue international, en Journal du droit International privé*, 1878, p. 461; LADAS, Stephen P., *The international protection of literary and artistic property*, vol. I, Nueva York, 1938, p. 53; DARRAS, Alcide, *Du droit des auteurs et des artistes Dans les rapports internationaux*, Paris, 1887, p. 579; SILVY, Edouard, *Des droits des auteurs et des artistes sur leurs oeuvres au point de vue international, spécialement des droits des auteurs littéraires*, Tesis, Grenoble, 1894, pp. 100 y ss.

⁵¹⁰ CAVALLI, Jean. *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*. Tradução para o espanhol de Juan David Castro García. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2006. p. 93-97.

⁵¹¹ INTERNACIONAL. *TRIPs - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio*. In BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: a aplicação do acordo TRIPs*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 158-209.

⁵¹² CHAVES, Antônio. *Direito do autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 168.

não houve uma aplicação da análise a respeito do que se constitui ou não obra protegida. No conteúdo do acórdão está expresso que

Conforme reconhecido nas instâncias ordinárias, a recorrida é autora de brincadeiras infantis das quais detém o registro de propriedade intelectual. Após expor suas obras para a produção do programa apresentado pela recorrente, teve suas idéias plagiadas e expostas no programa Xuxa Park, razão pela qual as demandadas foram condenadas ao pagamento de 500 (quinhentos) salários mínimos e a um percentual dos lucros auferidos pela exploração desautorizada da obra, a ser apurado por perícia em processo de liquidação.⁵¹³ (grifos nossos)

Essa decisão manteve o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em que assim foi determinado:

Quanto ao mérito, baseou-se também a sentença no laudo pericial de fls. 347/357, que admitiu, no pormenor, similaridade em cinco itens, do trabalho intelectual da autora e o programa veiculado pela TV GLOBO, vale dizer, foi encontrada analogia bastante a configurar o plágio existente e reclamado pela autora.

Chamamos a atenção, para os esclarecimentos prestados pela perita do juízo, às fls. 407/412, que no raciocínio que a levou a examinar a obra intelectual da autora, concluiu que:

“Diante do que foi até agora exposto, e com reforço dado pela citação acima concluo que existe incontestável semelhança entre as **brincadeiras** em pauta e que se refere aos itens I, II, III e IV da autora e as brincadeiras do XUXA PARK, Qual é a Cor, Gracinha Curiosa e a Coisa Sem Pé e Sem Cabeça.”

Enfatiza a perita às fls. 412:

“Essas semelhanças referem-se a forma de expressão e também a estratégias utilizadas, só resta então concluir pelo uso indevido ou plágio.”⁵¹⁴

Pelo que está dito em ambos os acórdãos dá para notar que houve realmente confusão quanto ao objeto do direito de autor. Mesmo através do modelo enumerativo de indicação das obras protegidas é expressamente determinado pela LDA que ideias e jogos (no caso essas brincadeiras não passam de jogos de programas de televisão) não são protegidos⁵¹⁵. Portanto esse caso poderia ter sido resolvido por aí mesmo havendo o problema da determinação de requisitos.

Sob o aspecto da relevância para nosso estudo, estas decisões nos chamam a atenção para a importância de se consolidar requisitos objetivos para aquisição de direitos de autor. Dessa forma, a aplicação dos mesmos poderá se incorporar mais facilmente na cultura jurídica, pois, se o intérprete verifica a presença de inúmeros requisitos, com diferentes

⁵¹³ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 744.979 - RJ* Min. Rel. João Otávio de Noronha. Data do Julgamento 25.08.2009. Publicação DJ 04.09.2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=6083977&formato=PDF>> Acesso em 10 set. 2009.

⁵¹⁴ RIO DE JANEIRO (Estado). *Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 2002.001.29818*. Décima Câmara Cível, Des. Rel. Gerson Arraes. Data do Julgamento 09.03.2004. Publicação 16.03.2004. Disponível em: <<http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jspx?idDocumento=000324B956AB57709484F277C0A.C2D408A9CA713C3161A2D>> Acesso em 10 set. 2009.

⁵¹⁵ BRASIL. LDA. Art. 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; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;”

denominações, isso torna muito difícil, ou até mesmo impossível, se chegar a uma rápida conclusão a respeito dos parâmetros para aquisição do direito de autor. Na realidade brasileira de muita demanda judicial e para poucos órgãos jurisdicionados somadas a morosidade do Estado para a entrega da prestação jurisdicional, criar uma série de requisitos abstratos e de difícil identificação é o mesmo que não criá-los.

Assim, importante que haja requisitos mais objetivos para que sempre que se pense em direito de autor se pense, antes de tudo, em modo de aquisição (requisitos e conceito de obra). De qualquer forma, aqui cabe a crítica a vasta quantidade de decisões em matéria de direito da propriedade intelectual que se baseiam somente no laudo pericial do processo e que acatam as conclusões do perito como se investido de jurisdição ele estivesse e como se toda lide nessa matéria versasse apenas sobre questões técnicas de outros campos do conhecimento. Modo de atuação que acaba não levando em consideração outras vicissitudes do direito, tais como os próprios requisitos para aquisição de proteção.

5.2. DELINEAMENTO DOS REQUISITOS PARA AQUISIÇÃO DE DIREITOS DE AUTOR

Podemos assim dizer que não há um consenso em matéria de direito de autor a respeito de quais são os requisitos que devem ser necessariamente preenchidos para que uma criação faça jus a essa proteção e ao título de *obra*. Como se pode perceber nos capítulos anteriores, desde a origem do direito de autor não houve nenhum delineamento de requisitos que pudesse identificar ou definir “obras protegidas”. No início era apenas proteção para cópia de livros, com o tempo que se começou a reivindicar proteção de seus conteúdos e de outras formas de expressão literária e artística, a exemplo das obras dramáticas, até se chegar a enumeração que é recorrente hoje.

Entendemos, porém, que o estudo do *contributo mínimo* em direito de autor é também um estudo de delineamento, por isso não há como falar da importância do *contributo mínimo* sem se falar do delineamento que esse requisito traz para a abordagem dos outros requisitos para aquisição de direitos de autor. Primeiro porque o *contributo mínimo* é um dos requisitos, o que já justificaria a análise do ponto de vista do todo. Há outro motivo mais importante, porém. Como inúmeras são as denominações dadas ao *contributo mínimo*, pode parecer que inúmeros também são os requisitos que devem ser preenchidos para que haja aquisição de proteção. E assim, diversas designações vão sendo dadas aos requisitos sem que haja uma análise objetiva do conteúdo dos mesmos. Quando o intérprete do direito se defronta com um

quadro como esse, acaba deixando a análise dos requisitos de lado por serem eles demasiadamente abstratos e, portanto, aparentemente inúteis.

Entretanto os requisitos para proteção por direito de autor não são somente muito úteis mas também fazem parte do âmago do direito de autor, pois são eles que irão dizer o que é protegido e o que não é. Além disso, o direito de autor surge e é garantido desde a criação da obra – e não há uma análise para concessão, como ocorre, por exemplo, com a proteção por patente e marca. Dessa forma, sem uma determinação mais objetiva de quais sejam os requisitos para proteção, cria-se imensa insegurança jurídica a respeito da proteção autoral. E isso compromete toda a utilização prática da obra e de relações jurídicas que a envolvem.

Além disso, como destaca o guia para o TRIPs da UNCTAD-ICTSD,

The preceding discussion on the TRIPS requirements for copyright works raises some important economic and social issues. As a point of initial observation, **Article 9 contemplates some discretion for countries in prescribing the conditions of protectable subject matter.** The extent to which intellectual works are copyrightable determines the balance between incentives for creativity on the one hand and the possibilities for the general public to accede to knowledge-based products on the other hand. **TRIPS in some degree provides Members with the freedom to strike this balance according to their particular needs and economic development. Members may choose to require a certain level of creativity and originality;** Members may choose whether or not government publications will be protected by copyright and; copyright protection does not extend to ideas, or to mere facts, news of the day or items of press information. Members may also determine the copyright status of political speeches and speeches delivered in the course of legal proceedings. Of course, because TRIPS imposes a *minimum* standard of protection, countries that wish to extend protection to works not required under TRIPS may exercise the discretion to do so. **However, in each of the areas where TRIPS does not mandate a specific rule of protection, important social objectives are implicated.**⁵¹⁶
(grifos nossos)

Acreditando na grande importância dos requisitos para aquisição de direitos de autor, nesse capítulo sugerimos uma nova forma de tratá-lo. Não há dúvidas que enumerar requisitos para proteção por direito de autor é uma das mais difíceis tarefas dentro do estudo desse direito. Sem a mínima pretensão de dar a palavra final nesse tema de requisitos, sugerimos o que é para nós considerada a melhor forma de se dividir e pensar essa questão do direito de autor. Deixamos, assim, uma análise mais específica para trabalhos futuros e lembramos que estamos tratando aqui de direitos de autor somente, excluindo-se, portanto, os direitos conexos ou vizinhos aos direitos de autor.

⁵¹⁶ UNCTAD-ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 150.

5.3. REQUISITOS PARA AQUISIÇÃO DE PROTEÇÃO POR DIREITOS DE AUTOR

Utilizamos aqui a palavra “requisitos” para determinar uma certa quantidade de características que devem ser preenchidas e, esse preenchimento, leva à aquisição de proteção por direito de autor.

No entanto, quem deve preencher tais requisitos? No caso do direito de autor, devem preencher os requisitos tanto o sujeito criador (autor) quanto o objeto da criação (obra). Isso porque o objeto da criação se materializa através de seu criador que, para ser autor, já deve possuir determinadas características antes mesmo de criar. Após, a criação em si também deve seguir determinados padrões para poder ser considerada obra e, assim, fazer jus a tal proteção por direito de autor.

Abaixo, os requisitos encontram-se separados em itens somente por uma questão didática de apontá-los. Como será percebido, na verdade, os requisitos que aqui propomos não são nada além do que uma visão bem simples do processo pelo qual dada criação passa até se tornar uma obra; por isso a identificação do que é autor e do que é obra para fins de proteção por direitos autorais também serão feitas ao longo dessa apresentação.

No início, quando ainda não há criação, há somente o criador. Portanto, para ele que devemos nos voltar no primeiro momento.

5.3.1. Do sujeito *criador* ao sujeito com status de *autor de obra autoral*

Na primeira etapa quem deve preencher os requisitos é o criador. Assim, para que qualquer criador possa ser qualificado como *autor* para fins de obtenção de direito de autor, ele deve preencher todos os requisitos desse item. Todos esses são requisitos essenciais à aquisição de direitos.

Portanto, mesmo que uma criação preencha todos os requisitos do item 5.3.2 *infra*, ainda assim, se o criador deixou de preencher qualquer um dos requisitos a seguir, não haverá proteção por direito de autor, pois, nesse caso, o criador não será *autor* e a criação não será *obra*⁵¹⁷.

⁵¹⁷ Ver capítulo 6, item 6.1, sobre obra.

5.3.1.1. Primeiro requisito: Criador pessoa humana

Utilizaremos exemplos para que possamos melhor esclarecer nosso ponto de vista. Uma pessoa cria um macaco em casa. O macaco mora com essa pessoa e toda sua família. Um dia, essa pessoa tem a ideia de ensinar o macaco a operar uma filmadora e ele aprende facilmente a apertar “POWER”, “REC” e “PAUSE”. O macaco, já exímio operador da filmadora, a pega e filma as pessoas e o que elas estão fazendo dentro de casa durante um tempo, até que cansa e para. O macaco é autor do filme?

Evidentemente não. O macaco não pode ser titular de direitos autorais simplesmente porque ele não é sujeito de direito. Por melhor que o filme do macaco seja (mesmo que ele seja um dos melhores filmes já concebidos na face da Terra), esse macaco nunca será titular de direitos de autor. E isso não significa que a criação do macaco deva ser menosprezada, significa apenas que ele não cumpriu um dos requisitos para aquisição de direitos de autor e, portanto, a criação nasce em domínio público e poderá ser utilizada livremente. Nesse sentido o comentário de Bruno Jorge Hammes:

Não é objeto protegível o resultado obtido por um macaco que agarra um pincel embebido de tinta e o movimentada sobre um papel, uma parede, etc. Os desenhos deixados no chão pelas patas ensangüentadas ou sujas de um gato não são obras protegíveis por direito de autor, como não o são configurações encontradas na natureza (uma pedra, uma raiz, uma batata que se pareça com um animal ou homem).⁵¹⁸

Só para deixar claro, também o dono do macaco ou a pessoa que ensinou o macaco a utilizar a filmadora, apesar de serem sujeitos de direito, não são titulares de direitos de autor sobre esse filme porque eles não efetuaram ato nenhum para criação do filme; quem ensinou o macaco a filmar só disponibilizou a ferramenta para o macaco, não criou. Dizer que o dono do macaco ou a pessoa que o ensinou a utilizar a filmadora é o autor da criação seria o mesmo que dizer quem programou um computador para fazer “criações automáticas” também o é. A esse respeito ensina José de Oliveira Ascensão que

Temos de distinguir consoante o resultado final é ou não previsível.
Se o resultado final é previsível e quem opera o computador se dirige à caracterização de uma determinada idéia criadora — o vínculo de autoria individual não é posto em causa.
O computador funciona então como um instrumento, tal como o pincel nas mãos do pintor. Terá quanto muito uma função acessória na criação: complementar uma idéia-base, mas é ancilar dessa idéia. O resultado não deixa de ser previsto e intencionalmente prosseguido pelo operador. Este e só este é o autor, e as regras normais da autoria não são afetadas.
III — Diferente é a situação quando se atinge um grau de indeterminação que escapa a todo o controle ou previsão do operador. Isto é tornado possível através de programas adequados. O

⁵¹⁸ HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual: conforme a Lei 9610 de 19.2.1998*. 3. ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002. p. 52.

operador pode programar a produção de um resultado cujos parâmetros determina, mas não pode prever o conteúdo desse mesmo produto.

Neste caso, não há um direito do operador sobre o resultado produzido. A criação intelectual é a criação individualizada; é a expressão de uma idéia, que tem necessariamente de se antever com um conteúdo específico. Não é equivalente ao ato de pôr em funcionamento uma máquina de que derivam produtos indiscriminados.

Pode então pretender-se que a autoria da obra ou resultado é de quem criou o próprio programa de computador. Mas também não é assim. Quem cria o programa tem a autoria do próprio programa. Mas não tem a autoria dos seus resultados, pois a criação deve ser específica e não genérica. Supõe, como dissemos, uma previsão individualizada, e não se basta com o pôr em funcionamento um processo de que resultará depois essa criação. Um processo não é uma obra, e as obras não são uma categoria de gênero.

Neste caso, é de sustentar que sobre as obras assim produzidas não recai direito de autor. Este pressupõe necessariamente a criação humana, e por isso se prolonga através de um direito moral ou pessoal de autor. Assim como não há direito de autor sobre obra da natureza⁵¹⁹, também não há direito de autor sobre obra de máquina.⁵²⁰

O mesmo podemos dizer a respeito de fotografias feitas por satélites, como ensina Denis Borges Barbosa:

No atual sistema de proteção dos direitos autorais (art. 11)⁵²¹, o titular originário dos direitos é necessariamente uma pessoa natural; autor é sempre uma pessoa humana:

"O titular originário do direito de autor não pode ser outro senão o criador da obra intelectual, ou seja, o autor, 'pessoa física'. Esse entendimento é pacífico"⁵²².

Depreendo daí que não existe, no atual direito, possibilidade de direitos autorais sobre o resultado de um funcionamento automático de um engenho captador de imagens por satélites. Não se argumente que os comandos para direcionar a captação para um ou outro objeto sejam em algum grau, resultantes de decisão humana. Tal decisão, se houver, é de natureza meramente técnica, e não importa em criação autoral^{523, 524}.

Esse é um tema que a Convenção de Berna não se envolve. Lá está previsto, no artigo 1, que "os países a que se aplica a presente convenção constituem-se em União para a proteção dos direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas"; entretanto não há nenhuma determinação de quem é ou pode ser autor. Masouyé nos esclarece o motivo dessa omissão:

⁵¹⁹ [Nota do Original]: Cfr. o nosso *Direito de Autor*, n° 9 ii; Ulmer, *La notion d'oeuvre en matière de droit d'auteur et l'art moderne*, em *Le Droit d'auteur* (Genebra), 82, n° 4 (Abril de 1969), n° 79.

⁵²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 663-664.

⁵²¹ [Nota do Original]: Interessante questão de direito intertemporal existe aqui. A lei anterior, em seu art. 15, referia-se a possibilidade de autoria originária de pessoa moral. Parte considerável da doutrina, porém apontava para a revogação do dispositivo, em face do texto da carta da República de 1988, art. 5° XXVII - ('aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;'). Admitindo-se que a obra tenha sido criada ainda na vigência de uma legislação que contemplasse a aquisição originária por pessoa jurídica, porém, teríamos a norma da então Lei 5.988/73, que inadmitia à proteção fotografias sem cunho estético. (Art. 6° VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas criação artística;").

⁵²² [Nota do Original]: Costa Neto, *Direito Autoral no Brasil*, FTD, 1998, p. 60.

⁵²³ [Nota do Original]: Não se suscita aqui a questão da natureza estética ou não da criação, objeto de tantos cuidados na doutrina anterior, especialmente quanto às fotografias, inclusive aquelas obtidas automaticamente. O que se suscita é a existência de qualquer criação humana, ou mais precisamente, a existência de um sujeito ativo originário do direito autoral.

⁵²⁴ BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral e Liberdade de Expressão: Estudos de Direito*. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>> Acesso em 20 ago. 2008. p. 34-35.

The Convention speaks of “the rights of authors in their works” but it does not specifically define the Word “author” because on this point too, national law diverge widely, some recognizing only natural persons as authors, while others treat certain legal entities as copyright owners, some imposing conditions for the recognition of authorship which others do not accept.⁵²⁵

O que colocamos em questão aqui não é a possibilidade de uma pessoa jurídica poder ser ou não titular de direitos de autor, seja de forma derivada, seja originária. Há quem faça diferença entre os termos “autor” e “titular” de direitos de autor e há quem trate esses termos como sinônimos. Contudo, “[o] princípio deve ser fixado com toda a clareza: *autor é o criador intelectual da obra*. A obra literária ou artística exige uma criação, no plano do espírito: o autor é quem realiza essa criação. Há exceções, como veremos, mas nem por isso o princípio deve deixar de ser proclamado com nitidez.”⁵²⁶ O próprio Ascensão identifica uma exceção no trato da proteção de obra publicitária. Isto porque a obra publicitária, na qualidade de obra coletiva organizada por uma pessoa jurídica, poderá, pelo ordenamento jurídico pátrio, ter como autora (ou titular originária) a agência publicitária⁵²⁷ e não cada uma das pessoas humanas membros de uma equipe formada para criá-la.⁵²⁸

A questão aqui, entretanto – e esse é o requisito para aquisição de proteção por direito de autor – é que, seja uma pessoa jurídica chamada de “autora” ou “titular originária”, somente pode criar uma *obra*, somente pode ser o criador intelectual de uma *obra*, uma pessoa humana. Até mesmo se a titularidade originária ou autoria de uma obra for conferida a uma pessoa jurídica, ainda assim, os criadores intelectuais serão sempre pessoas humanas que agiram como *longa manu* dessa pessoa jurídica. O criador intelectual não poderá ser nunca um animal (como no exemplo do macaco) ou uma máquina com ou sem inteligência artificial.

⁵²⁵ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. p. 11.

⁵²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 70.

⁵²⁷ De acordo com a LDA: “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: [...] VIII - obra: [...] h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;”

⁵²⁸ “Muitas vezes a obra é produzida na seqüência de instruções da agência. Se essas instruções forem exaustivas, a titularidade do direito é somente da agência, porque a pessoa física é mero executor. Se forem instruções somente quanto a finalidade da obra, são irrelevantes no que respeita à determinação de titularidade. Se forem instruções relativas ao conteúdo, e nomeadamente se implicarem a “forma interna” da obra, a posição da empresa reforçase. O processo criativo não é só da pessoa física, há uma verdadeira co-criação, que não pode deixar de ter relevância na distribuição de faculdades de utilização da obra.” In ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 454. Carlos Alberto Bittar reforça essa visão da pessoa jurídica como possível titular originário e derivado da criação: “Própria, por natureza, de pessoas físicas, a criação de obras intelectuais nasce, também, no âmbito de pessoas jurídicas (inclusive do Estado), existindo, aliás, no setor das comunicações, empresas especializadas em idear e produzir obras de engenho, concebidas e materializadas sob sua direção, de sorte que também podem ser titulares de direitos autorais, tanto por via originária (pela criação), como derivada (pela transferência de direitos).” In BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 34.

5.3.1.2. Segundo requisito: Imputação pelo resultado final da criação

Outro exemplo: uma pessoa, fanática com segurança, instala câmeras de filmagem em todos os cômodos de sua casa. As coloca nos lugares em que considera estratégicos para melhor visualização de cada ambiente. Todas as filmagens são gravadas e a pessoa as armazena. Essa pessoa é autora da criação “filme”?

Não. Para que haja autoria é necessário que a pessoa tenha imputação pelo resultado final da criação. José de Oliveira Ascensão chama atenção para esse aspecto ao dizer que “se alguém deixa uma ‘câmara’ de filmar aberta sobre o público, o filma daí resultante não é uma obra, é a tradução servil da realidade, sem haver marca pessoal da captação”⁵²⁹. E esse entendimento é partilhado por Denis Borges Barbosa ao tratar da autoria de teses:

Se for conveniente dar peso, num currículo acadêmico, à atividade do orientador, é errôneo qualificá-lo como co-autor. Errôneo até as fronteiras do enganoso. Evocando a imagem de Wittgstein no seu *Tractatus*, o papel do orientador é dar a escada ao orientado, e depois tirar a escada. No instante exato da autoria, o orientado levita em soberana solidão.

Uma palavra final: o papel do orientador parece variar conforme a área acadêmica. Se a responsabilidade administrativa sempre existe, a responsabilidade “científica” surge enfaticamente atenuada em áreas acadêmicas como o Direito. A prática de designar-se co-autor o orientador de um trabalho acadêmico é virtualmente desconhecida nas faculdades de Direito, senão por modéstia nem decoro, qualidades não particularmente abundantes na nossa profissão, mas por maior clareza do que são as verdades e levitações da real autoria.

Talvez não exista momento mais solitário, nos rituais acadêmicos, do que o do examinando numa banca de Direito. Escolado nas contradições, refinado nos argumentos, o orientador freqüentemente argúi em algoz, tostando e grelhando seu orientado num rigor raramente visto em outras instâncias da academia. Na hora exata de sua verdade, o examinando não é só autor de sua tese, mas é autor único de seu momento.⁵³⁰

Também por esse mesmo motivo que o dono do macaco do exemplo anterior não é o autor da criação: ele não teve imputação pelo resultado final da obra, o macaco teve.

Entretanto se a pessoa que instalou as câmeras de filmagem ou o dono do macaco pegarem os respectivos filmes e os editarem fazendo modificações que lhe aprouverem, determinando início meio e fim para a criação (e se essas modificações contiverem o *contributo mínimo*), aí sim, eles podem se qualificar potencialmente como autor. Dizemos potencialmente porque para que haja *autor* para fins de direito de autor é necessário que haja também *obra*. Assim, ambos só serão de fato autores se as criações preencherem os requisitos pertinentes à qualificação da criação como obra.

⁵²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 51.

⁵³⁰ BARBOSA, Denis Borges. *O orientador de tese é co-autor?* Revista da Associação Brasileira de Direito Autoral, Rio de Janeiro, v. 1, 2004.

5.3.2. Do objeto criado à “obra” objeto de direito de autor

Tão sutilmente ligada ao seu criador, a criação não poderá ser obra sem que seu criador seja autor para fins de direito de autor. Logo, o próprio conceito de obra pressupõe a existência de um *autor* tecnicamente entendido como aquele sujeito suscetível de adquirir direitos de autor. Em outras palavras, uma criação só poderá ser qualificada como *obra* se o criador foi qualificado como *autor* preenchendo todos os requisitos acima; caso contrário, mesmo que a criação preencha todos os requisitos desse item, ainda assim, ela não poderá ser considerada como *obra*, nem adquirir proteção autoral.

5.3.2.1. Terceiro requisito: Criação

O criador introduz no mundo físico algo que não era manifesto e transforma-o em manifesto: eis a criação. Dentre os diversos significados apontados pelo Dicionário Aurélio⁵³¹ está “dar existência a; gerar” e é esse o sentido que aqui nos interessa.

Esse algo que passa ser manifesto pode ser qualquer coisa tangível – caneta, roupa, computador – ou intangível – música, página da internet, pensamento. Em outras palavras, criar é dar existência a qualquer algo que não existia e passou a existir, seja o que for.

Assim, mais um exemplo, se uma pessoa cria uma música, com início meio e fim, tempo, arranjos etc., mas só a canta mentalmente, não a vocaliza. Outro: uma pessoa cria um poema mentalmente, com todos os versos e estrofes, e o memoriza, mas não o profere. Em ambos os casos, houve criação? Sim! Mas a criação pura, para fins de proteção autoral, não basta. É necessário que haja também sua exteriorização.

5.3.2.2. Quarto requisito: Exteriorização da Criação (algumas vezes, fixação)

Se a pessoa do exemplo de cima cantar a música até então guardada em sua mente ou proferir o poema que até o momento só estava em sua memória, há exteriorização para fins de direito de autor? Sim, mesmo que ninguém mais a escute, o requisito exteriorização foi preenchido. Outras implicações que possam haver pelo fato de ninguém mais ter ouvido a

⁵³¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio - Século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. Verbetes *criar*.

criação ser expressada passam a ser questões de prova e de publicação. E a partir daí essa criação passa a ter a qualidade de ser potencialmente qualificada como obra se o seu criador preencheu os requisitos para ser autor e se a criação também preencher os outros requisitos. Nesse sentido são os ensinamentos de Denis Borges Barbosa:

Para os fins de nosso estudo, é a “criação intelectual”. Um corpo de conhecimentos tecnológicos, ou texto literário, musical ou científico, ou um desempenho de intérprete suscetível de fixação, ou um artefato (escultura, quadro...). Algo que, sempre intelectual (pois distinto de qualquer materialização), seja:

a) destacado do seu originador, por ser objetivo, e não exclusivamente contido em sua subjetividade;

b) tendo uma existência em si, reconhecível em face do universo circundante.

Assim, um poema que se enuncia em público, ainda que não levado a papel, ou gravado, é um ente em si, provavelmente capaz de ser memorizado e repetido, distinto da subjetividade do poeta, e distinto também de uma infinidade de outros poemas.

Como regra, a simples criação, desde que expressa ou fixada (ou seja, objetivada), pode deflagrar um conjunto de consequências jurídicas.

(...)

Se essa falta de objetivação em um ente destacado impede a constituição de direitos exclusivos, tal se dá de maneira indireta: a exclusividade não nasce, porque não existe, para lhe dar substância, o bem incorpóreo.⁵³²

Importantíssimo ressaltar que para fins de aquisição de proteção por direito de autor o que tem caráter de ser obra, de receber proteção, é exatamente a forma em que a criação foi exteriorizada: a forma expressiva. O conteúdo da criação não é protegido, somente a forma de expressá-lo. Por isso também que uma criação só pode ser protegida depois de expressada.

Nesse sentido, a música cantada só tem o potencial de receber proteção da forma dessa composição, do conjunto de sons, palavras, tempos, ritmos etc. Se, por exemplo, a música possui letra e através delas se conta a história de um amor conquistado em certas condições, isso não significa que ninguém mais poderá contar a mesma história e sim apenas que não poderá contar essa história da mesma forma.

Nesse sentido, Masouyé assim fala sobre a ausência de proteção de conteúdos ao tratar das algumas vezes chamadas “obras científicas” e de ideias:

As regards the first, it is worth noting that it covers scientific works, even though these are not expressly mentioned in the Convention. The scientific work is protected by copyright not because of the scientific character of its contents: a medical textbook, a treatise on physics, a documentary on a interplanetary space are protected not because they deal with medicine, physics, or the surface of the moon, but because they are books and films. The content of the work is never a condition of protection. In speaking of a domain not only literary and artistic, but also scientific, the Convention encompasses scientific works which are protected by reason of the form they assume.⁵³³

⁵³² BARBOSA, Denis Borges. *Do Bem Incorpóreo à Propriedade Intelectual*. In BARBOSA, Denis Borges. (Org.); GRAU-KUNTZ, Karin (Org.). *Ensaio sobre o Direito Imaterial - Estudos Dedicados a Newton Silveira*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009. p. 389.

⁵³³ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. p. 12. No mesmo sentido: GINSBURG, Jane C.;

Portanto, uma ideia nunca será protegida, pois *ideia* é o conteúdo, no exemplo é a história de amor. Já a expressão da ideia, a forma como ela toma corpo, a forma como é contada a história de amor do exemplo, essa sim é potencialmente protegível por direito de autor. De igual modo, Masouyé fala sobre a ausência de proteção para ideias:

A fundamental point is that ideas, as such, are not protected by copyright. It is the patent rather than copyright laws to which one must look for this protection. Subject, therefore, to patent protection, a person who has made his idea public has no means of stopping others using it. But once that idea has been elaborated and expressed, copyright protection exists for the words, notes, drawings, etc., in which it is clothed. In other words, it is the form of expression which is capable of protection and not the idea itself.⁵³⁴

Como a Convenção de Berna deixa a critério do direito interno dos Estados-unionistas determinar se uma obra, para ser protegida, seja também fixada em um suporte físico, há países que exigem essa fixação e não aceitam a mera expressão. Dentre eles se encontram os Estados Unidos⁵³⁵ e o Reino Unido⁵³⁶. No entanto, como nota Ysolde Gendreau, a tendência moderna é que somente o requisito da exteriorização seja adotado em detrimento do da fixação.⁵³⁷

Assim, voltando a nosso exemplo, para esses países que exigem fixação, não bastava que a música fosse executada ou a poesia proclamada. Tendo-se a fixação como obrigatoriedade seria necessário que a música fosse também gravada em qualquer tipo de suporte, LP, fita cassete, CD, aparelhos de MP3, páginas na internet; e que a poesia fosse escrita em uma folha de papel ou em meio digital.

RICKETSON, Sam. *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*. v. 1. 2. ed. Great Britain: Oxford University Press. p. 401-402.

⁵³⁴ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. Op. cit. p. 12.

⁵³⁵ ESTADOS UNIDOS. Copyright Act. “§ 102 · Subject matter of copyright: In general. (a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories:”

⁵³⁶ O Reino Unido adota o critério da fixação apenas para as obras literárias, dramáticas e musicais; para obras artísticas, basta a exteriorização. REINO UNIDO. Copyright, Designs and Patents Act 1988. “3. (2) Copyright does not subsist in a literary, dramatic or musical work unless and until it is recorded, in writing or otherwise; and references in this Part to the time at which such a work is made are to the time at which it is so recorded. (3) It is immaterial for the purposes of subsection (2) whether the work is recorded by or with the permission of the author; and where it is not recorded by the author, nothing in that subsection affects the question whether copyright subsists in the record as distinct from the work recorded.”

⁵³⁷ UNCTAD-ICTSD. Op. cit. p. 148 e nota de rodapé n. 50.

Já dentre os países que exigem apenas a expressão estão o Brasil⁵³⁸, Portugal⁵³⁹, França⁵⁴⁰, Alemanha, Bélgica e Itália⁵⁴¹. Em meio a outros motivos, **o requisito da exteriorização serve também para assegurar a existência de determinada criação**. Tanto a ideia, como o pensamento e o poema exemplificados ganham existência desde o momento em que a pessoa os criou; entretanto, ninguém além do criador pode atestar a existência dessas criações. E, dessa forma, não há nenhum interesse jurídico em se tutelar algo a que um indivíduo somente tem acesso por absoluta desnecessidade, já que ninguém vai entrar na mente do criador para questionar, reivindicar, declarar, etc. tais criações ou até mesmo criar uma lide em meio mental.

Ressaltamos o seguinte: a grande importância desse requisito é que ele é o estopim da aquisição de direitos de autor. Então, **o requisito da exteriorização ou fixação é o marco do momento em que determinada obra passou a ser tida como protegida e que seu autor adquiriu faculdades sobre ela**. Contudo, a exteriorização (ou fixação) só será esse marco se, após exteriorizada (ou fixada), a criação passar por três etapas: (i) não estar enumerada nas proibições legais; (ii) não ser igual a nenhuma outra obra; (iii) possuir contributo mínimo. Esses são os três próximos requisitos relacionados à criação.

5.3.2.3. Quinto requisito: Não estar presente nas Proibições Legais

A primeira etapa pela qual uma criação já exteriorizada deve passar para adquirir proteção por direitos de autor é a de não estar presente no rol de proibições legais. É comum que muitos países, como o Brasil, tenham adotado além do rol enumerativo que determina quais tipos de criação são consideradas obras protegidas, outro rol indicando quais criações não podem ser consideradas como obras protegidas. Isso, apesar de não resolver o problema

⁵³⁸ BRASIL. Lei 9.610/98. “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:”

⁵³⁹ PORTUGAL. Código do direito de autor e dos direitos conexos. “Artigo 1. Definição. 1 - Consideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo -se nessa protecção os direitos dos respectivos autores. [...] Artigo 2.º Obras originais. 1 - As criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objectivo, compreendem nomeadamente:”

⁵⁴⁰ FRANÇA. Code de la propriété intellectuelle. “Article L111-2. L'oeuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur. (...) Article L112-1. Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. Article L112-2. Sont considérés notamment comme oeuvres de l'esprit au sens du présent code:”

⁵⁴¹ UNCTAD-ICTSD. Op. cit. p. 147-148.

da indicação dos requisitos, facilita muito o trabalho do intérprete que poderá eliminar a possibilidade de proteção da criação logo de início.

Ao fixar os padrões mínimos determinando quais criações deverão ser protegidas, a Convenção de Berna deixa também a critério dos países-membros a determinação se textos oficiais de caráter legislativo, administrativo ou judiciário, bem como suas respectivas traduções oficiais, serão ou não protegidos por direito de autor. Faz o mesmo em relação às obras de arte aplicada e aos desenhos e modelos industriais, com a ressalva que esses sejam, no mínimo, protegidos por desenho industrial; caso contrário, deverá necessariamente conferir proteção por direito de autor.⁵⁴²

Nesse sentido, o Brasil não confere proteção por direito de autor de atos oficiais⁵⁴³ e não faz qualquer menção expressa no sentido de excluir as obras de arte aplicada do escopo de proteção. Entretanto isso não significa que essas não sejam protegidas, porque o são em tudo aquilo que lhe excede à sua respectiva função⁵⁴⁴. Nesse sentido é o entendimento de Manoel Joaquim Pereira dos Santos:

Na vigência da legislação anterior, a chamada “obra de arte aplicada” era protegida desde que “*seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostas*”⁵⁴⁵. De que maneira poder-se-ia identificar o valor artístico da obra utilitária? O critério que melhor se coaduna com a natureza das obras intelectuais do campo do Direito de Autor e com o princípio de que a obra é protegida independentemente de sua destinação ou mérito é aquele que leva em conta, não o caráter estético ou a esteticidade da criação, mas sim seu caráter expressivo⁵⁴⁶.

A atual Lei de Direitos Autorais não mais individualiza as obras de arte aplicada. Isso não significa que o Legislador as tenha excluído da tutela legal⁵⁴⁷, apenas confirma que as obras intelectuais objeto da proteção autoral são criações de forma. Por se tratar de criação de forma, é o caráter expressivo que fixa e delimita sua proteção, não importando se sua destinação é utilitária, se seu conteúdo é técnico e se seu caráter não é puramente estético.⁵⁴⁸

Além disso, estão no rol de proibições legais brasileiro as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; as

⁵⁴² WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. Op. cit. p. 22.

⁵⁴³ BRASIL. Inciso IV do Art. 8º da Lei n.º 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm> Acesso em 10 set. 2009.

⁵⁴⁴ Vide item 6.1.3.2 (obras utilitárias)

⁵⁴⁵ [Nota do Original]: Art. 6º, inciso XI, da Lei n.º 5.988/73.

⁵⁴⁶ [Nota do Original]: Newton Silveira expressa essa noção da seguinte forma: “*É o caráter expressivo, indissoluvelmente ligado à forma, que vai denunciar o eventual valor artístico de uma criação em qualquer área da atividade humana. Assim é que, mesmo nas obras científicas, sua forma de expressão é diretamente protegida pela lei autoral*”. *Direito de Autor no Desenho Industrial*, São Paulo, RT, 1982, p. 25.

⁵⁴⁷ [Nota do Original]: Vide Newton Silveira, *Propriedade Intelectual*, 3ª. ed., Barueri, Manole, 2005, p. 56.

⁵⁴⁸ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Parecer*. Revista Criação, n. 1, ano 1, p. 225-236, 2009.

informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; os nomes e títulos isolados; o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.⁵⁴⁹ Entre os países que adotam esse modelo de rol negativo também estão Portugal⁵⁵⁰ e Estados Unidos⁵⁵¹.

Dessa forma, nos países em que os respectivos ordenamentos jurídicos determinam um rol negativo enumerando quais criações não poderão ser obra, tal rol negativo também passa a ser uma espécie de filtro pelo qual uma criação deve passar para adquirir status de obra. Portanto, nesses casos, *não estar presente nas proibições legais* também será um requisito o qual a criação deverá atender para poder adquirir proteção por direito de autor.

5.3.2.4. Sexto Requisito: Novidade

A segunda etapa pela qual uma criação exteriorizada que não se encontra dentre as proibições legais deverá passar é a de *não ser igual a nenhuma outra obra*; de ser dotada de *novidade*. *Novidade* no sentido de que foi criado algo que não existia anteriormente, algo *novo*. Tal requisito decorre da noção de que apenas o que é *novo* pode ser objeto de apropriação⁵⁵² e de que “é a ‘criação’, não a cópia, ou uso de algo já existente, que dá origem à proteção”⁵⁵³.

Em outras palavras, a criação não pode ser cópia de uma obra preexistente. Até mesmo porque, o que se protege é o *corpus mysticum* e não o *corpus mechanicum*, de modo que uma criação que é cópia de uma obra anterior não é uma criação diversa, é a reprodução da obra anterior. Portanto, para que haja proteção é necessário que haja uma *criação nova*. Nesse sentido aponta Eugène Pouillet:

La création est la cause efficiente de la propriété littéraire et artistique; mais créer, dans le langage humain, ce n'est pas, bien entendu, faire quelque chose de rien, c'est faire quelque chose qui n'existait pas, le plus souvent, on doit même dire toujours, avec des matériaux existants. Tirons de cette règle une conséquence, c'est qu'un ouvrage, lorsqu'il a été publié, fût-il, depuis sa publication, resté ignoré, enfoui dans la poussière d'une bibliothèque, ne peut, à

⁵⁴⁹ BRASIL. Art. 8º da Lei n.º 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Presidência da República Federativa do Brasil*. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm> Acesso em 10 set. 2009.

⁵⁵⁰ PORTUGAL. Artigos 7º e 1º (2) do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. *Ministério da Cultura. Gabinete de Planeamento, Estratégia, Avaliação e Relações Internacionais*. Disponível em: <<http://www.gpearl.pt/default.aspx?cn=6149AAAAAAAAAAAAAAAAAAAAA>> Acesso em 24 set. 2009.

⁵⁵¹ ESTADOS UNIDOS. § 1025 (b) do Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. United States Copyright Office. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/title17/>> Acesso em 24 set. 2009.

⁵⁵² BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. No prelo. cap. 2.

⁵⁵³ Ibid. cap. 2.

nouveau, si le temps assigné par la loi au droit d'auteur est écoulé, devenir l'objet d'une propriété. Celui qui le découvrirait, qui le ferait pour la première fois connaître, ne pourrait, malgré le service rendu à la société, prétendre à un droit privatif. Il en serait de même d'une statue, d'une oeuvre d'art quelconque; celui qui la retrouverait et la ferait connaître au public ne pourrait prétendre sur elle un droit de propriété artistique; l'absence de création entraîne l'absence de droit.⁵⁵⁴

Nesse sentido, uma criação que seja cópia de uma obra anterior não deve ser protegida, mesmo se a obra copiada já estiver em domínio público. Denis Borges Barbosa vai ainda mais longe e aponta a novidade como sendo, inclusive, um requisito constitucional geral para a propriedade intelectual que nasce em decorrência da tensão entre normas constitucionais. Nas palavras do doutrinador:

A novidade um requisito constitucional geral para a propriedade intelectual, em todas suas formas. Só se pode conceder uma exclusiva, em tensão com a liberdade de concorrência (e a liberdade de acesso à informação) se não se subtrai, por pilhagem, ao domínio comum. Esta regra tem a estatura de princípio básico da propriedade intelectual, e que se expressa na simples fórmula de 1644 do Lorde Coke⁵⁵⁵: a exclusiva, em matéria de restrições à atividade empresarial só não é odiosa quando seu objeto não está – antes de sua concessão - livre para uso da sociedade. Se há uma liberdade prévia, se a sociedade podia lícita e livremente fazer uso dos bens incorpóreos, a concessão da exclusiva retiraria esse conteúdo da liberdade geral.⁵⁵⁶

Dessa forma, voltando para nossos exemplos, se uma pessoa exterioriza ou fixa uma música que tenha criado, para que essa música possa ser protegida por direito de autor ela deve ser diferente de todas as outras obras musicais preexistentes. Uma exceção à *novidade* é a coincidência fortuita de criações. Mas essa é apenas uma exceção, de modo que a regra é ter a *novidade* como requisito.

5.3.2.5. Sétimo Requisito: *Contributo mínimo*

A terceira etapa pela qual uma criação deve passar é pelo *contributo mínimo*; mesmo após passar pelo filtro da *novidade*. A *novidade* nos garante que a obra não é cópia de obra preexistente, enquanto o *contributo mínimo* garante que, além de não ser cópia a criação possui um mínimo grau de criatividade que a “separa” de todas as outras obras já criadas. Não

⁵⁵⁴ POUILLET, Eugène. *Traité theorique et pratique de la propriété litteraire et artistique et du droit de representation*. 2. ed. Paris: Marchal et Billard, 1894. p. 34.

⁵⁵⁵ [Nota do Original]: Edward Coke, 3 Institutes Of The Laws Of England (London 1644): “[a] monopoly is an institution or allowance by the king by his grant, commission, or otherwise to any person or persons, bodies politic or corporate, of or for the sole buying, selling, making, working, or using of any thing, whereby any person or persons, bodies politic or corporate, are sought to be restrained of any freedom that they had before, or hindered in their lawful trade.”

⁵⁵⁶ BARBOSA, Denis Borges. Op. cit. cap. 2.

faremos maiores considerações nesse item já que o tema já foi (e continuará sendo – cap. 6) largamente tratado.

5.3.3. Outro requisito apontado pela doutrina: Caráter Estético

Além dos requisitos apresentados, a doutrina ainda aponta o caráter estético como sendo um deles. Carlos Alberto Bittar o considera um requisito fundamental para o direito de autor, de modo que entende só incluírem-se no âmbito desse direito as obras que realizam finalidades estéticas. Nas palavras do autor:

De outro lado, considerados à luz do Direito de Autor, os conceitos de “obra literária, artística e científica” abarcam certas criações que, a rigor, não realizam objetivos estritamente identificáveis com essas noções (como as obras didáticas, as de fins recreativos e outras). Por isso é que, em nosso livro *Direito de Autor na obra publicitária*, editado em 1981, realizamos longa investigação a respeito da matéria, procurando definir os respectivos contornos, para concluir que se insere como tal a obra que resulta de atividade intelectual do autor e objetivamente demonstra função estética, nos domínios literário, artístico e científico (p. 23 e segs.), indicando os vários tipos já reconhecidos na experiência do setor. Assim, as obras que por si realizam finalidades estéticas é que se incluem no âmbito do Direito de Autor. Delas separam-se, desde logo, as de cunho utilitário (produtos para aplicação industrial ou comercial: modelos, desenhos, inventos).⁵⁵⁷

Em sentido contrário é o entendimento de Ascensão que assim contrapõe as palavras de Bittar:

Começamos por perguntar se a obra literária ou artística deve ser caracterizada genericamente pela esteticidade. Aparentemente, a resposta negativa impõe-se. A obra com destinação científica é ainda uma obra literária. É muito difícil qualificar um compêndio de lógica como obra estética... C.A. Bittar tem defendido porém que são as obras de caráter estético que se incluem no âmbito do Direito de Autor, distinguindo-se das de cunho utilitário. “as primeiras atendem a exigências puramente intelectuais (de esteticidade ou de conhecimento). Possuem valor estético autônomo, independentemente de sua origem, de sua destinação ou de uso específico”⁵⁵⁸ Procedendo assim, porém, já faz incluir no valor estético o valor do conhecimento. O que nada tem que ver com a estética. O recurso à categoria “estética” para final abranger outras realidades, confunde, não esclarece.⁵⁵⁹

Isto porque Ascensão entende que o caráter estético é um requisito somente para aquisição de direitos em relação às obras artísticas e, mesmo assim, somente em casos específicos em que determinada criação não consegue se encaixar em determinada categoria

⁵⁵⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit. p. 21.

⁵⁵⁸ [Nota do Original]: Cfr. por último *Direito de Autor*, n.º 17 a 19.

⁵⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 57.

de obra artística. Em outras palavras, segundo o autor, a valoração do caráter estético serve apenas para encaixar determinada criação a uma determinada categoria de obra artística (por exemplo, um conjunto de sons na categoria de obra musical), em casos em que ele considera como excepcionais:

O problema da esteticidade só surge com autonomia na obra artística.

(...)

Nos casos normais, não há problema. A exigência de caráter estético basta-se com a demonstração da existência da criação artística; a exigência de criação artística basta-se com a demonstração de que a obra em causa pertence a determinada arte. **Assim, se um jurista puder afirmar que uma obra pertence à pintura, não precisa de valorar mais. Mas não o fará perante uma tela em branco – ou uma tela em preto – ou uma simples circunferência.**

Essa apreciação é sempre imprescindível para nos dar os limites das atividades protegidas. O que quer dizer que os problemas se concentram nos casos de fronteira, em que a verificação do caráter estético é indispensável para a admissão de uma obra pertencente ao setor das artes em causa.⁵⁶⁰

(grifos nossos)

Entretanto, discordamos que o caráter estético seja, de qualquer modo e para qualquer tipo de obra, um requisito para aquisição de direitos de autor. No âmbito das chamadas obras literárias pelos mesmos motivos que apresentou Ascensão: já soa esquisito falarmos em caráter estético de um romance, que dirá de um manual de direito ou um livro de medicina. Não é uma qualificação adequada a esses tipos de obra.

Mesmo quando se trata de obras artísticas não entendemos ser o caráter estético um requisito. O próprio Ascensão, acima, faz a ressalva de que não se fará valoração estética “perante uma tela em branco – ou uma tela em preto – ou uma simples circunferência”. Portanto, se em casos como esses de “tela branca”, “tela preta” e “simples circunferência” não haveria necessidade de avaliação estética, o caráter estético não é requisito por não ser aplicável a todos os tipos de criações artísticas. Em sentido contrário o *contributo mínimo* analisado sob uma perspectiva de funcionalidade e historicidade do direito de autor é plenamente aplicável a todos esses casos. E através da análise do *contributo mínimo* e não do caráter estético poder-se-á chegar o momento de um dia ainda concluir-se de que – sob o aspecto da funcionalidade e da historicidade do direito de autor – uma “tela branca”, uma “tela preta” ou uma “simples circunferência” é obra artística plenamente protegível, assim como um dia um mictório intitulado “Fountain” também assim foi considerado.

⁵⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 57-58.

6. CONTRIBUTO MÍNIMO NO DIREITO DE AUTOR: IMPORTÂNCIA PRÁTICA

You've gotta be original, because if you're like someone else, what do they need you for?

Bernadette Peters⁵⁶¹

A questão do *contributo mínimo* não possui somente importância acadêmica, mas também prática, uma vez que poderá contribuir para resolução de diversos problemas existentes no âmbito do direito autoral e das relações jurídicas que o envolve. Muitas das questões que serão apresentadas nesse capítulo costumam ser notícia em jornais e revistas ou motivo de disputa em tribunais em vários países do mundo, por isso sempre que possível ilustramos com exemplos.

6.1. O OBJETO DO DIREITO DE AUTOR: É OBRA? PROTEGE!

Outra questão muito complexa e também pouco explorada no âmbito do direito de autor, por mais surpreendente que pareça, é a definição de obra. Sejam quais forem os caminhos para se chegar à sua definição, um ponto é muito certo: não é possível se dizer que uma determinada criação é uma obra se ela não possui um mínimo grau criativo; da mesma forma em que não dá para se dizer que exista um direito de patente sem a presença da atividade inventiva ou que um signo seja marca sem ser distintivo.

Dessa forma, a definição de obra pressupõe a presença do *contributo mínimo*. Jane Ginsburg e Sam Ricketson já apontavam nesse sentido dizendo que “*the requirement of creativity or ‘originality’ (...) is therefore concerned with the way in which a work comes into existence – the act of intellectual creation – and has nothing to do with the aesthetic quality of this act.*”⁵⁶² Portanto, a análise desse requisito também colabora com a própria determinação do conceito de obra.

⁵⁶¹ Cantora e atriz de Nova Iorque aclamada pela crítica e vencedora de dois Tony Awards, tendo sido indicada para outros cinco. Estrelou quatro álbuns de Broadway vencedores do Grammy. Indicada três vezes para o Emmy Awards e mais três para o Globo de Ouro, foi uma vez vencedora deste último. WIKIPEDIA, The free encyclopedia. *Bernadette Peters*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Bernadette_Peters> Acesso em 28 ago. 2008. Citação encontrada em HONTHANER, Eve Light. *Hollywood drive: what it takes to break in, hang in & make it in the entertainment industry*. Massachusetts: Focal Press, 2005. p. 141.

⁵⁶² GINSBURG, Jane C.; RICKETSON, Sam. *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*. v. 1. 2. ed. Great Britain: Oxford University Press. p. 404.

A intimidade entre o conceito de obra e o *contributo mínimo* também foi tratada por Bruno Lewicki ao dizer que

A aceitação de novas formas artísticas traz reflexos extremamente importantes para o direito autoral – vez que um dos pilares sobre o qual ele se assenta, é, justamente, o conceito de obra original, requisito para a incidência da proteção autoral. Trata-se, pois, não de uma mera discussão estética, mas sim de um problema de qualificação, com conseqüências jurídicas capitais.⁵⁶³ Mas apontar se uma obra é original, como se vê, é tarefa das mais difíceis, principalmente com as intensas transformações do próprio conceito de obra protegida.⁵⁶⁴

Discordamos, porém, desse jurista quanto a transformação do conceito de obra protegida. Entendemos que o conceito *jurídico* de obra protegida ainda não foi de modo algum consolidado; de modo que até os dias de hoje há pouquíssimos estudos jurídicos a respeito do tema, principalmente no Brasil, onde não há quase nenhum.⁵⁶⁵ O que há de fato são estudos a respeito das novas formas de expressão artística e das questões de assimilação das mesmas pelo direito de autor como obra. Mas mesmo nesses, não há uma determinação do conceito de obra, sendo muitas vezes questionado se determinada criação pode ser assimilada aos conceitos da lista exemplificativa amplamente utilizada. Essa indefinição sobre o conceito de obra protegida é tratada por Masouyé em “*Guide to the Berne Convention*” da OMPI:

It is worth noting that the Convention speaks of “works” but nowhere defines what is meant by the Word. But it is clear from its general tone that these must be intellectual creations (the words appears in paragraph (5) of Article 2). For this reason many national law, and the Tunis Model Law, provide that, to enjoy protection, **the works must be original in the sense that they possess creativity.**⁵⁶⁶
(grifos nossos)

Também na doutrina brasileira encontramos quem entenda pela relação dependência do conceito de obra à presença do *contributo mínimo*. Nesse sentido é a opinião de Fábio Ulhoa Coelho que emprega a palavra “novidade” em sentido semântico que abrange tanto o requisito da *novidade* (quando usa a expressão “obra idêntica”) quanto do *contributo mínimo* (quando também se refere à “obra semelhante”):

⁵⁶³ [Nota do Original]: DESBOIS, Henri. *La propriété littéraire et artistique*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1978, p. 4

⁵⁶⁴ LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos do autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. Tese (Doutorado em Direito Civil). Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. p. 39-40.

⁵⁶⁵ Interessante artigo do mesmo autor aponta dificuldades surgidas nos Estados Unidos quanto a determinação no âmbito jurídico do que seria “obra de arte” no caso Brancusi, conhecido julgamento da *Customs Court*. LEWICKI, Bruno Costa. *É um pássaro? Oitenta anos do Caso Brancusi*. Revista de Direito Autoral. ano II. n. IV. p. 239-254. fev. 2006.

⁵⁶⁶ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. p. 17.

Para ser considerada obra protegida, ela deve ser nova. Quer dizer, ninguém antes do autor pode ter apresentado à comunidade artística, literária ou científica ou ao público em geral **obra idêntica ou semelhante**. A exigência da novidade é intrínseca à noção de obra protegida. Se falta novidade, não existe nem mesmo obra; nada é realmente *criado* quando se repete obra já feita e conhecida.⁵⁶⁷

Desse modo, mostra-se pertinente tratarmos da questão da conceituação de *obra* ao tratarmos do *contributo mínimo* devido à íntima relação entre os institutos.

6.1.1. Importância da determinação do que é Obra

Sem sabermos identificar (ao menos para fins de direito) o que é *obra*, o próprio objeto do direito de autor, é criada uma grande insegurança jurídica.⁵⁶⁸ Assim, partindo do pressuposto de que sempre que uma criação (genérico) toma caráter de *obra* (específico) ela se torna objeto de proteção por direito de autor; então, não saber identificar o que é uma obra implica em não saber dizer, também, se determinada criação é protegida por direito de autor ou não.

Dessa forma, com a falta de precisão em identificarmos o que recebe proteção por direito de autor e o que não recebe, fica muito fácil enquadrarmos várias criações como obra artística ou literária merecedoras de proteção autoral. Isto porque, se não se sabe se determinada criação é ou não obra, acaba-se considerando que seja, pois sempre há quem venha reivindicar proteção.⁵⁶⁹ Também por esse motivo que o direito autoral como um todo (incluindo os direitos conexos) acaba por ser conhecido entre os especialistas como a “vala comum” das proteções por propriedade intelectual, pois a tudo o que não se enquadra como patente, marca, desenho industrial, indicação geográfica e topografia, reivindica-se proteção por direito autoral – o que já se mostrou até mesmo conveniente⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. vol 4. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 306.

⁵⁶⁸ Antônio Chaves reconhece a importância do estudo do que venha a ser obra ao citar trabalho de Mario Are que se dedicou ao tema. Assim, diz que esse trabalho “Reproduz conceitos de ELSTER, *Delimitazione del concetto di opera tutelabile dal diritto di autore*, em *Diritto di Autore*, 1936, pág. 307, considerando a pesquisa do conceito de obra protegida tanto mais necessário porquanto mais se evidenciava a insuficiência das enumerações de obras protegidas contidas nas leis dos diferentes Estados e nas Convenções Internacionais. RUNGE, por sua vez, afirmou que a determinação do bem jurídico protegido constitui o *problema central* de cuja solução depende o bom funcionamento da proteção do direito de autor.” In CHAVES, Antônio. *Direito do autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 166.

⁵⁶⁹ Muito comum sob o aspecto do direito de autor que haja reivindicação de direitos até mesmo sobre criações que são expressamente excluídas do âmbito de proteção (vide item 5.1.2), que dirá sobre aquelas criações em que realmente não se sabe ao certo se recai ou não proteção.

⁵⁷⁰ Sobre a questão de se tomar como protegido por direito de autor tudo o que envolva algum tipo de autoria vide análise crítica em SILVEIRA, Newton. *As fronteiras da técnica*. Revista Criação. ano I. n. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008-. Semestral. p. 215.

Utilizemos um exemplo prático: por diversas vezes sites de compartilhamento no modelo “peer to peer” foram atacados pela disponibilização de ferramenta para troca de conteúdo de forma gratuita⁵⁷¹. Sem entrar no mérito a respeito da legalidade ou não dessa ferramenta, não ouvimos qualquer questionamento se as criações intelectuais ali compartilhadas são protegidas ou não por direitos autorais pois há sempre uma presunção de que sim. Se é música, é protegido por direito autoral. Contudo, será que tudo o que consideramos como música pode ser considerado *obra* (musical)? Será que todas essas combinações de sons possuem um mínimo grau criativo que justifique o fato da sociedade ser privada de seu uso livre? Pode até ser que essa resposta continue sendo sim, mas ela deve ser dada apenas após a análise da presença do *contributo mínimo*.

Um exemplo atual que levanta essa questão é a polêmica que se iniciou em dezembro de 2008 envolvendo suspeita de plágio por parte da banda Coldplay. Segundo o jornal “The New York Times”, a banda teria inserido em sua música “Viva la vida” trechos copiados da música “If I could fly” do guitarrista Joe Satriani. Este, então, ajuizou ação judicial alegando que foram copiadas “substanciais porções originais”⁵⁷² de sua composição, enquanto os membros da banda Coldplay dizem que a semelhança entre as músicas é “inteiramente coincidente” e que a música “If I could fly” não goza de proteção por direitos autorais porque “carece de *originalidade*”⁵⁷³ – em outras palavras, *contributo mínimo*. Pode até ser que essa declaração não passe de retórica de um plagiário, mas o caso ainda não foi decidido e esse é um importantíssimo aspecto a ser considerado. Até porque, após passada pelo filtro do *contributo mínimo*, se a música supostamente plagiada – “If I could fly” – comprovadamente gozar de proteção por direito de autor, muitas serão as implicações pertinentes a direitos morais e patrimoniais de autor pois, mesmo em meio a essa confusão, “Viva la vida” e o álbum de mesmo nome fizeram Coldplay ganhar o Grammy 2009 de melhor música e melhor álbum⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ Casos mais notórios são o do site Napster e, mais recentemente, do Pirate Bay. O GLOBO. Digital. *Pirate Bay volta ironizando indústria após ficar cerca de 24 horas fora do ar*. 25 ago. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/mat/2009/08/25/pirate-bay-volta-ironizando-industria-apos-ficar-cerca-de-24-horas-fora-do-ar-767314599.asp>> Acesso em 30 ago. 2009; O GLOBO. Digital. *Fundadores do Pirate Bay são condenados à prisão na Suécia*. 17 abr. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/mat/2009/04/17/fundadores-do-pirate-bay-sao-condenados-prisao-na-suecia-755321336.asp>> Acesso em 30 ago. 2009; O GLOBO. Digital. *Dez anos de troca-troca: em 1999 nascia o Napster... e a indústria cultural nunca mais foi a mesma*. 11 mai. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/mat/2009/05/11/dez-anos-de-troca-troca-em-1999-nascia-napster-a-industria-cultural-nunca-mais-foi-mesma-755806550.asp>> Acesso em 30 ago. 2009.

⁵⁷² ITZKOFF, Dave. Coldplay Responds to Infringement Claim. *The New York Times*, Nova Iorque, 9 dez. 2008. Disponível em: <<http://artsbeat.blogs.nytimes.com/2008/12/05/joe-satriani-sues-coldplay-for-cold-plagiarism/>> Acesso em: 19 mai. 2009.

⁵⁷³ Ibid.

⁵⁷⁴ *The New York Times*. Grammy Awards: List of Winners. Nova Iorque, 8 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/02/09/arts/music/09primewebgrammylist.html>> Acesso em: 19 mai. 2009.

6.1.2. O que é Obra então?

Passemos, dessa forma, para a definição do que é obra em nossa concepção. Assim como no caso da identificação dos requisitos para proteção por direito de autor, também para determinarmos que o é *obra* é absolutamente necessário que olhemos tanto para a criação quanto para o criador. Não há criação que seja *obra* sem que haja criador que seja *autor*. Portanto, o primeiro passo para determinarmos se dada criação é uma obra é identificar se o criador intelectual é *pessoa humana* e se o autor-criador possui *imputação pelo resultado final da criação*. Além disso, a *criação* deve ser *exteriorizada*, deve *estar ausente da lista de proibições legais* e deve conter *novidade e contributo mínimo*. Dizendo de outra forma, ela deve passar por todos os requisitos que a qualificam como obra e seu criador deve ter passado por todos os requisitos que o qualificam como autor.

Nesse sentido, assim ensina Luiz Edson Fachin a respeito da identidade íntima entre o objeto de um direito e a qualificação do sujeito titular do mesmo:

A completude desse arcabouço não engloba apenas um estatuto do ingresso do objeto na relação jurídica; esse Direito também se preocupa, no sistema jurídico, em estabelecer certos requisitos para determinar como as coisas saem do tráfego jurídico, e esta saída está intimamente ligada à noção de titularidade. Esta se perde quando há uma coisa abandonada ou quando há algo que tem sobre si a ausência da titularidade. No Direito, tanto a perda quanto a ausência de titularidade estão no estado transitório, intervalo na definição de quem seja o respectivo titular. E para ser titular é preciso ser reputado sujeito de um direito em face de um contrato⁵⁷⁵ ou de uma posição jurídica.

Esse liame amalgamado entre a pessoa e a coisa, ou entre a pessoa e o comportamento, se reflete bem no estabelecimento da perda da coisa com a ausência da titularidade, medida no sentido de que não há coisa sem titular. A perda significa uma deixa voluntária, o bem saiu da esfera jurídica de alguém. Perda qualificada corresponde a uma deixa voluntária, o que não se confunde com a renúncia, que é fruto de uma declaração expressa de um não querer.⁵⁷⁶

Dentre as maiores revoluções da ciência no século passado está exatamente na descoberta que não há objeto a ser observado sem que haja observador⁵⁷⁷. Em outras palavras,

⁵⁷⁵ [Nota no Original]: A compreensão jurídica que opera entre a declaração e a vontade espelhada na hermenêutica contratual, pode estabelecer, na divergência, litígio e reclamar definição de sentido e alcance pela intervenção do Judiciário. Os caminhos para tanto, todavia, não são demasiadamente elásticos, consoante se infere da jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça: “STJ. Súmula 5. A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.”

⁵⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 165-166.

⁵⁷⁷ Andrei Linde, físico da universidade de Stanford, explica a teoria da natureza participativa da realidade de John Wheeler, cientista e mentor de inúmeras das mais importantes teorias da física no momento: “You can say that the universe is there only when there is an observer who can say, Yes, I see the universe there. These small words— it looks like it was here— for practical purposes it may not matter much, but for me as a human being, I do not know any sense in which I could claim that the universe is here in the absence of observers. We are together, the universe and us. The moment you say that the universe exists without any observers, I cannot make any sense out of that. I cannot imagine a consistent theory of everything that ignores consciousness. A recording device cannot play the role of an observer, because who will read what is written on this

as características intrínsecas de um objeto são variáveis de acordo com o sujeito que o observa: a realidade se forma tendo o indivíduo como ponto de partida e não existe externamente a ele como se pensava até então. Estudos de medicina já explicam os efeitos desse modo de percepção sobre o organismo humano e como ela se mostra determinante para a saúde e para a cura de doenças⁵⁷⁸. Exatamente por ser *descoberta* (logo fora de todo e qualquer tipo de proteção por propriedade intelectual) há uma implicância de que esse fenômeno faz parte da própria natureza, da realidade fática em que todos nós vivemos. Portanto sendo o direito um instrumento vivo para regulamentação de relações sociais comprometido com a realidade, à ela deve se dobrar e reconhecer que seu enfoque deve ser baseado no indivíduo humano, assim como o faz a realidade em que vivemos.⁵⁷⁹

Tão invertida até essa visão no direito de autor que a própria lei brasileira de direitos autorais determina que “autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”⁵⁸⁰; enquanto deveria dizer que *obra é uma criação feita por um sujeito qualificado como autor*. Por isso a dificuldade em se definir e determinar o que é uma obra para fins jurídicos. Como mostrado (cap. 5, item 5.1.1), esse é um fenômeno internacional e deve ser um dos motivos pelos quais tratados internacionais e leis estrangeiras se prendem há tanto tempo à lista de enumeração exemplificativa que não atende às formas modernas de criação. Dizemos *também* porque a vinculação do conceito de obra ao autor é apenas um lado da moeda, o outro é o reconhecimento dos requisitos e, dentre eles, o *contributo mínimo*.

Além disso, há que se observar que a existência fática de uma obra pressupõe o indivíduo. A consciência humana é quem cria a obra e é quem a percebe. Essa consciência humana é um pressuposto fático de reconhecimento do que é obra. Se, por uma hipótese, a raça humana ficasse extinta e o planeta Terra se mantivesse no estado deixado pelo homem,

recording device? In order for us to see that something happens, and say to one another that something happens, you need to have a universe, you need to have a recording device, and you need to have us. It's not enough for the information to be stored somewhere, completely inaccessible to anybody. It's necessary for somebody to look at it. You need an observer who looks at the universe. In the absence of observers, our universe is dead.” FOLGER, Tim. *Does the universe exist if we're not looking?* 01 jun. 2002. Physics & Math. *Discover Magazine*. Disponível em: <<http://discovermagazine.com/2002/jun/featuriverse/?searchterm=past%20reality>> Acesso em 09/03/2008. No mesmo sentido, DAMASIO, Antonio R. *Investigating the biology of consciousness*. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1692416/pdf/9854259.pdf>> Acesso em 14 nov. 2009.

⁵⁷⁸ MILLER, Joseph D. *The Prospects for a Quantum Neurobiology*. Disponível em: <<http://neuroscience.com/manuscripts-1996/1996-011-miller/1996-011-miller.html>> Acesso em 14 nov. 2009.

⁵⁷⁹ “O estudo crítico da teoria do Direito Civil dá conta de quanto é incompleto o exame do objeto. Ordinariamente, vem de uma dicotomia clássica que leva em conta uma ordem de colocação de bens calçados em diversas classificações, mas que apresentam um referencial básico que é o da mobilidade. Por isso distinguem-se os bens em móveis e imóveis. E o estudo dos bens, na teoria do Direito Civil, é centrado nessa divisão. A partir daí, abre-se um grande capítulo que chama o objeto do direito ou da relação jurídica. Em verdade, não é o objeto apenas um objeto da relação jurídica. Eis que a titularidade das coisas em si mesma não tem sentido. A titularidade insular das coisas é uma linha demarcatória da titularidade alheia.” In FACHIN, Luiz Edson. Op. cit.

⁵⁸⁰ Lei n.º 9.610/98. Artigo 11.

com prédios, casas, computadores, etc., enfim, tudo o que foi criado pela mente humana, não existiria mais *obras*, como escultura, pintura, música, poema. Iria existir, sim, o mármore esculpido, a tela cheia de tinta, o CD com sons gravados, o livro com letras impressas; mas sem qualquer pessoa humana para reconhecer o conteúdo por trás de todas aquelas formas de expressão, não há uma obra sequer. Para os outros animais, plantas e minerais tudo aquilo não passará de pedra, tecido, plástico, papel⁵⁸¹.

Nesse sentido Umberto Eco, diz que a identificação de uma obra passa pela percepção humana, pelo julgamento diante do contexto no qual a criação está envolvida.

É este, portanto, o problema de uma pintura que aceite a riqueza das ambigüidades, a fecundidade do informe, o desafio do indeterminado. Pintura que pretenda oferecer ao olhar a mais livre das aventuras e ao mesmo tempo constituir um fato comunicativo, a comunicação do máximo *ruído*, marcada, todavia, por uma intenção que qualifique como sinal. Caso contrário, tanto faria o olho inspecionar livremente leitões de estradas e manchas sobre muros, sem necessidade de transportar para a moldura de uma tela essas livres possibilidades de mensagem que a natureza e o acaso colocam ao nosso dispor. Repare-se bem que a intenção por si só é suficiente para marcar o ruído como sinal: **a transposição pura e simples de um pedaço de saco para dentro do âmbito de um quadro basta para caracterizar a matéria bruta como artefato. Mas aí intervêm as modalidades de caracterização, a capacidade de persuasão das sugestões de direção ante a diminuída liberdade do olho.**

Frequentemente, a modalidade de caracterização pode ser puramente mecânica, equivalente ao artifício metalingüístico constituído pelas aspas: **quando circunscrevo uma fenda na parede com um traço de giz, escolho-a e proponho-a como configuração dotada de alguma sugestão, e naquele traço crio-a como fato comunicativo e como obra artificial.**⁵⁸²
(grifos nossos)

Também Michel Schneider, citando Proust, fala sobre esse fenômeno da percepção da obra:

Ao mesmo tempo, a obra de arte permite conhecer, apreender, criar também este si-mesmo que é o simétrico do mundo de um lado e de outro do instrumento óptico, prova de existência tanto do mundo, quanto de si: “Na realidade, todo leitor é, quando lê, o leitor de si mesmo. A obra não passa de uma espécie de instrumento óptico oferecido ao leitor a fim de lhe ser possível discernir o que, sem ela, não teria certamente visto em si-mesmo.”⁵⁸³ A mesma idéia alhures: O que pediria a “meus” leitores é “que me dissessem se estava certo, se as palavras em si lidas eram mesmo as que eu empregava.”^{584 585}

Isto porque, se faticamente já não há obra sem sujeito, no âmbito jurídico, de igual forma, não é possível se definir o objeto do direito de autor – a obra – sem passarmos pela

⁵⁸¹ Isso explica, também, a inserção de novas criações em novos tipos e categorias de obras. Mudando-se a percepção a respeito do que pode ser obra, muda-se também a identificação do que é obra.

⁵⁸² ECO, Umberto. *Obra Aberta: forma e indeterminações nas poéticas contemporâneas*. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 168.

⁵⁸³ [Nota do Original] M. Proust, à la recherche du temps perdu, trad. bras., op. cit., t. VII, p. 153.

⁵⁸⁴ [Nota do Original] Loc. cit., t. VII, p. 240.

⁵⁸⁵ SCHNEIDER, Michel. Ladrões de palavras: ensaio sobre o plágio, a psicanálise e o pensamento. Campinas: Editora da UNICAMP, 1990. p. 139-140.

análise do sujeito – o autor – e da criação sob a perspectiva do *contributo mínimo*. Esses são fatores que se completam e determinam o que é ou não *obra*. Então para identificar uma obra, em primeiro lugar olhamos para o sujeito e verificamos se foi uma pessoa humana que a criou e se houve imputação de autoria pelo resultado final. Depois, com a criação já pronta, olhamos para a obra e verificamos se ela possui os outros requisitos, dentre eles, o *contributo mínimo*. Piola Caselli, citado por Antônio Chaves, assim diz a respeito das obras protegidas:

“(…)Noção fundamental é que a obra deve aparecer como resultado de uma **atividade criadora**, isto é, de uma atividade que tenha levado para o mundo exterior alguma coisa que anteriormente não existia (**originalidade**). **Se não existe criação, não há autor e falta a justificação**, tanto do direito patrimonial de reprodução exclusiva como do direito moral para a defesa da paternidade e da integridade da obra. Por isso o direito de autor não cobre as obras antigas, ainda se descobertas e restauradas com estudo, esforço e despesa; não cobre em matéria jornalística os artigos de simples notícia, mesmo se a notícia tiver um grande valor e se foram necessários trabalho e despesas para verificá-la.”^{586 587}
(grifos nossos)

Portanto, podemos propor o seguinte conceito *jurídico* para **obra**: **(i) um constructo⁵⁸⁸ o qual (ii) está ausente da lista de proibições legais e possui um mínimo grau de criatividade⁵⁸⁹ e (iii) foi criado por uma pessoa humana com imputação de autoria por seu resultado final.** A partir dessa concepção poderemos mais facilmente identificar a criação objeto do direito de autor sem ficarmos escravos das listas de enumeração exemplificativa.

6.1.3. Implicações do Contributo Mínimo dentro de cada uma das Categorias de Obra

Exatamente por não haver uma definição jurídica consolidada sobre o que seja obra, o objeto do direito de autor é apontado na lista enumerativa e exemplificativa. Além disso,

⁵⁸⁶ CASELLI, Piola *apud* CHAVES, Antônio. *Obras protegidas pelo direito de autor*. Revista dos Tribunais, vol. 556, ano 71, p. 263-268, fev. 1982. p. 264.

⁵⁸⁷ Nesse mesmo sentido Roberta Rosenthal Kwall ressalta a importância do observador na definição de critérios para identificação do *contributo mínimo* para aquisição de direitos morais de autor nos Estados Unidos: “Thus, an appropriate test for heightened originality with substantial creativity also should consider evidence bearing upon the perceptions of the reasonable beholder. Such evidence could include the extent to which the object has been used or displayed, custom and usage within the art world, expert opinion, and survey evidence including the object’s marketability as art. As noted by Judge Newman in his renowned dissent in *Carol Barnhart Inc. v. Economy Cover Corporation*, the ‘ordinary, reasonable observer’ is a good standard for assessing such matters and in fact has been entrusted ‘to decide other conceptual issues in copyright law, such as whether an allegedly infringing work bears a substantial similarity to a copyrighted work.’” In approaching the issue of heightened originality with substantial creativity from this standpoint, perhaps some ‘courts will inevitably be drawn into some minimal inquiry as to the nature of art,’ but realistically ‘some threshold assessment of art’ cannot be avoided in these inquiries.” In KWALL, Roberta Rosenthal. *Originality in context*. Houston Law Review, Symposium Issue, Vol. 44, p. 871, 2007. Disponível em: <<http://srn.com/abstract=983552>> Acesso em 18 nov. 2007. p. 29.

⁵⁸⁸ Aqui fica implícita a ideia de uma criação exteriorizada.

⁵⁸⁹ Aqui já fica implícita a presença da novidade.

convencionou-se dizer que o objeto da relação jurídica são as *obras literárias e artísticas*. A LDA brasileira acrescenta ainda, diversamente do encontrado em tratados internacionais e ordenamentos jurídicos estrangeiros, que além das obras literárias, artísticas são objetos também as “obras científicas” (artigos 7º e 11 da Lei 9.610/98). Isso rendeu a seguinte crítica de José de Oliveira Ascensão, com a qual concordamos:

No que respeita às obras em si, elas só são de duas categorias: literárias ou artísticas. No início deste século generalizam-se, mesmo em diplomas oficiais, referências à “propriedade literária, científica e artística”. Mesmo afastando a qualificação como propriedade, derivaria daqui uma tripartição das obras tuteladas. Mas não é bem assim, como bem distingue o art. 2/1 da Convenção de Berna. As obras, nas suas formas, são sempre literárias ou artísticas. Podem é provir do domínio literário, científico ou artístico, o que é realidade diferente. A obra científica não é a teoria, é a forma literária (e eventualmente artística) que a exprime. A lei dos direitos autorais, não só toma como conceito básico “obra intelectual”, como continua a utilizar por vezes a qualificação “obra literária, artística ou científica”: cfr. o art. 4 XII [da Lei 5.988/73], por exemplo. Seria preferível a qualificação técnica das obras como literárias ou artísticas, a exemplo da Convenção de Berna.

⁵⁹⁰

Quando olhamos sob a perspectiva da análise do *contributo mínimo*, entretanto, percebemos que hoje podemos dizer que há duas novas categorias de obras: de obras utilitárias e de obras compilatórias.

Isto porque, sendo o *contributo mínimo* parte essencial para definição e determinação do que é obra, suas várias formas de se mostrar em diferentes criações acaba por indicar a presença de diferentes categorias dentro das quais a forma de se pensar o *contributo mínimo* é muito parecida. Assim, fica muito mais fácil identificar o *quantum* necessário de criatividade para que uma determinada criação seja considerada obra; facilitando, então, a identificação da presença de um *contributo mínimo* e, conseqüentemente, da existência de *obra*.

6.1.3.1. Obra Artística e Obra Literária

Tanto a *obra artística* como a *obra literária* são formas livres de expressão. Nenhuma das duas tem seu escopo de atuação restritos pelo fato do autor ter plena liberdade em suas formas de concepção e criação. De fato, para que a obra seja uma pintura, necessário é que o autor crie utilizando, por exemplo, tintas em uma tela; entretanto, o que ele vai pintar, quais cores vai usar, em que disposição, textura, etc. tudo isso é livre para que o autor crie como quiser e o que quiser. O mesmo acontece com a obra musical, uma vez que música é

⁵⁹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 37.

composta de sons; e também com uma obra literária, seja um romance, de forma mais livre, seja um soneto, de forma mais rígida. Seguidos os passos para identificação do *tipo* de obra, tudo o que é parte da criação, tudo o que passa da ideia para expressão, é livre. E nisso as obras literárias e artísticas como um todo se assemelham. Esse aspecto é ressaltado por Masouyé em “*Guide to the Berne Convention*” da OMPI, ao dizer que

Although paragraph (1) of Article 2 refers to literary and artistic works, it must not be taken to intend a division into two mutually exclusive categories. True, the genesis of an artistic work (drawing, painting, sculpture, etc.) is rather different from that of the purely literary work. The latter is expressed by its words: the writer conceives the plan of his work and then makes it known; it is this expression which gives rise to copyright. With an artistic work, the plan (mock-up, sketch, etc.) is already, in itself, capable of protection, since from this moment, the idea finds concrete form in lines and colours, with a more personal and direct execution than in the case of writings: the painter makes his own brush marks and the sculptor his statue, whereas it is of no importance whether the novelist himself puts pen to paper or dictates this text to someone else. As to musical works, they are at once artistic, with the exception that the sounds replace the lines and colour, and literary, to the extent that words accompany the melodies.⁵⁹¹

(grifos nossos)

Desse modo, a distinção entre obra literária e artística bem como a distinção de obras em sub-categorias dentro dessas (obra dramática, obra musical, novela, conto, escultura, etc.) serve apenas para identificar o tipo de obra. Entretanto, o autor dessas obras pode – dentro do formato que identifique cada tipo de obra, ou até mesmo fora dos formatos tradicionais, criando novos “formatos” (como, por exemplo, as atuais obras multimídias) – criar de modo livre. Nessas categorias de obra a dicotomia ideia-expressão é plena e não está restrita a nenhuma função obrigatória. **Por isso, a análise da presença do *contributo mínimo* deve ser estendida à criação como um todo, levando-se em consideração todos os seus elementos. Todo o conjunto da criação deverá ser base para análise da presença ou ausência do *contributo mínimo*. Isso não quer dizer que o *contributo mínimo* deve estar presente em cada detalhe da criação, mas apenas que todo o conjunto da criação deve ser considerado para fins dessa análise.**

⁵⁹¹ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. p. 13.

6.1.3.2. Obra Utilitária

6.1.3.2.1. Yves Saint Laurent e o *Contributo Mínimo* para Além da Função da Criação

Havemos de fazer uma confissão: por muito tempo essa mestranda resistiu em considerar proteção por direito de autor para roupas. Entretanto, depois de tanto ouvir o Prof. José Carlos Vaz e Dias falar sobre o tema começou a considerar essa possibilidade e resolveu refletir a respeito em uma exposição do Yves Saint Laurent⁵⁹². Havemos de fazer nova confissão: essa mestranda estava errada. Tamanha a grandiosidade e a graciosidade do trabalho desse gênio que não havia como negar a sensação de que, de fato, aquelas peças apresentadas faziam jus a uma legítima proteção autoral.

Contudo, as peças de Yves Saint Laurent, uma após outra, em exposição presencial ou nos desfiles em vídeo não se pareciam nem um pouco com as que a Convenção de Berna classifica na categoria *literária* – e certamente ninguém, a isso, iria refutar. Acontece que elas não pareciam se encaixar na categoria *artística* de igual forma. Dentro da categoria artística sempre estiveram modalidades como pintura, escultura, música, artes cênicas, etc. por suas essências com formato livre a ser explorado pelos artistas.

As roupas, porém, não têm um “formato livre”. Elas seguem um padrão. E não poderíamos ali dizer que elas seguiam um padrão porque Yves Saint Laurent queria seguir a moda: Yves Saint Laurent *criava* a moda. Por que a criação de Yves Saint Laurent não era assim tão “livre” então? Porque ela tinha que seguir um padrão funcional que cumprisse a finalidade da roupa. A roupa *tem que cobrir o corpo*. Se não cobrir (um pouco que seja), não é roupa.

Assim, levamos nossa atenção para a concepção de obra utilitária e da questão do *contributo mínimo* relacionado à mesma. Obras utilitárias são aquelas que possuem em seu bojo a conjugação entre *função necessária* e *expressão criativa* (função-expressão) – isso além da questão ideia-expressão ínsita do direito de autor como um todo.

E o desfile que mostrava coleções de anos após anos de carreira de Yves Saint Laurent nos deu uma pista – ressalte-se, uma pista apenas, não é pretensão apontarmos a palavra final sobre esses critérios – de como identificar o *contributo mínimo* nas obras utilitárias-roupas. Para saber se realmente havia criatividade era necessário considerar o ano da coleção, pois o

⁵⁹² Essa exposição do Yves Saint Laurent, intitulada “Viagens Extrordinárias” aconteceu no Centro Cultural Banco do Brasil, no Rio de Janeiro, nos meses de maio a julho de 2009. O GLOBO. *Mostra no CCBB reúne figurinos do estilista Yves Saint Laurent*. 27 mai. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/rioshow/mat/2009/05/25/mostra-no-ccbb-reune-figurinos-do-estilista-yves-saint-laurent-756017930.asp>> Acesso em 07 out. 2009.

que era criativo em 1970 não era mais em 1980, mas poderia voltar a ser em 2000; tudo isso dependendo do resultado final refletido pela criação criativa. O óbvio não era criativo, mas a sutileza da criatividade genial não era muito distante dele. Devemos considerar também a combinação de cortes, tecidos, cores, sobreposições, acessórios, etc. Mas, acima de tudo, devemos considerar o formato necessário de cada peça, aquela parte sobre a qual o *contributo mínimo* não recai, a parte funcional. Se Yves Saint Laurent criou uma saia, por exemplo, sua parte funcional é cobrir o corpo com o formato de saia. “Cobrir o corpo” e “formato de saia” são “partes” sobre as quais não há análise de *contributo mínimo*, sobre todo o resto – tais como combinação de materiais, formatos, cores, etc. – sim. O mesmo poderíamos dizer para uma calça, um vestido, uma blusa: afasta-se primeiro a forma necessária e sobre todo o resto recairá a análise do *contributo mínimo*. Acerca dessa dicotomia função-expressão, também nesse sentido fala Ascensão:

Não há criatividade, que é essencial à existência de obra tutelável, quando a expressão representa apenas a via única de manifestar a idéia.

O matemático exprime a sua descoberta numa fórmula matemática. Esta fórmula é modo de expressão; mas é modo de expressão obrigatória, não livre. Não há criatividade no modo de expressão. Logo não há obra literária ou artística.

O químico também se comunica através de fórmulas. Mas essas fórmulas são obrigatórias, pelo que não são tuteladas. Houve descoberta, mas não criação de um modo de expressão.⁵⁹³

Certamente a criação de Yves Saint Laurent não apresentava mera função. Estava bem clara a presença do elemento expressão criativa, do *contributo mínimo*.

Essa regra não vale somente para roupas, mas para todo o tipo de criação autoral que não possui apenas uma finalidade expressiva, mas também uma finalidade funcional. Muitos são os exemplos hoje em dia, a exemplo de páginas de internet, slogans, logotipos, mapas geográficos, além dos objetos de consumo em geral tais como cadernos, mochilas, agendas, canetas, ferramentas, móveis, etc. Essas são as novas criações para as quais se postula proteção autoral e que levaram Ascensão a dizer que

A expansão da cultura de consumo e os meios de comunicação de massa fizeram deslocar o centro de gravidade da criação literária e artística para obras de reduzido grau de criatividade. Os grandes postulantes da tutela cada vez mais estão longe das figuras paradigmáticas do homem das letras ou das artes. O mérito literário e artístico não é relevante.⁵⁹⁴

⁵⁹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. p. 39-40.

⁵⁹⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira apud LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos do autor releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. Tese (Doutorado em Direito Civil). Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. p. 49. nota de rodapé n. 120.

Essa constatação de Ascensão decorre da diferença que há entre a natureza das *obras literárias e artísticas* e as *obras utilitárias*. As obras literárias e artísticas são criações de forma livre. Decerto que uma música deve ser composta de sons e um poema de palavras e dentro disso é elaborado o trabalho criativo; mas dentro dos parâmetros que caracterizam cada tipo de obra a criação expressiva é totalmente livre. Nessas criações há apenas a conjugação ideia-expressão. E a presença do *contributo mínimo* deve ser identificada ao longo da criação inteira, como um todo. Entretanto o mesmo não acontece com as obras utilitárias.

Uma criação “saia” deve ter primeiro “formato de saia” e depois os elementos de expressão criativa a complementa. O mesmo vale para uma criação “cadeira” e o “formato de cadeira”, uma criação “página da internet” e o “formato de página da internet”, uma criação “logotipo” e o “formato de logotipo” e assim em diante. Na obra utilitária a criação expressiva (conjugação ideia-expressão) só é livre após ultrapassada a forma necessária (conjugação função-expressão). De modo que o *contributo mínimo* só poderá estar presente ao longo da parte que equivale apenas à ideia-expressão, pois a parte função-expressão deve ser necessariamente vinculada à utilidade funcional da criação.

E é para essas formas de criação que defendemos a inserção na categoria de *obras utilitárias*, a qual deve ser colocada lado-a-lado com a categoria de *obras literárias e artísticas*. **A criação de uma nova categoria justifica-se pela forma diferida com que a análise quanto a presença de contributo mínimo nessas obras deve ser feita.**

Foi exatamente nesse sentido de se buscar o *contributo mínimo* no que está para além da função que a *Federal Court* Australiana negou a proteção por direito de autor pleiteada para as palavras de socorro “Help-Help-Driver-in-Danger-Call-Police-Ph.000” (ver item 2.4.3):

The Help Words simply indicate a desire to convey the notion that a taxi driver in duress seeks urgent assistance. They do no more than state an idea. The expression is inseparable from the fundamental idea that is being conveyed by the words. When the expression of an idea is inseparable from its function it forms part of the idea and is not entitled to the protection of copyright (see *Autodesk Inc v Dyason* [1992] HCA 2; (1992) 22 IPR 163 at 172).⁵⁹⁵

Mesmo separando-se a obra utilitária da abrangência da literária e artística, isto é, mesmo separando-a em categoria diversa, ainda assim ela se mantém no escopo de proteção da Convenção de Berna. Isto porque, mesmo que se utilize uma nomenclatura diversa do que consta no artigo 2 desta convenção, ainda assim é perceptível que a *mens legis* é no sentido de

⁵⁹⁵ AUSTRÁLIA. Federal Court. *State of Victoria v Pacific Technologies (Australia) Pty Ltd (No 2)* [2009] FCA 737 (10 June 2009). Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FCA/2009/737.html?query=Pacific%20Technologies>> Acesso em 29 out. 2009.

abarcam o máximo de formas de expressão, desde que do *domínio* literário, artístico e científico. Masouyé, em “*Guide to the Berne Convention*” da OMPI, também nos ajuda a esclarecer esse ponto:

The Convention thus asserts the principle of an all-embracing protection for the benefit of all productions in the literary, scientific and artistic domain, and, in second assertion, lays down that the mode or form of expression of a work in no way affects its protection. In fact a work may be made known to the public in any way, oral or written. The method employed to make the work known is immaterial. It is generally agreed that the value or merit of a work, essentially a subjective value judgment, is also of no account; in trying a case, for example, the judge does not have to appreciate the artistic merits or cultural advantages of a work. The same is true of the work's purpose: it may be produced for purely educational purposes or with a merely utilitarian or commercial aim, without this making any difference to the protection it enjoys.⁵⁹⁶

Dessa forma, tomando o todo da forma expressiva de uma obra utilitária, só parte dela deixou espaço para a criação livre. Em uma obra utilitária consistente em um abajur, por exemplo, parte dele deve expressar elementos que o identifique como um abajur (tais como lâmpada, soquete, interruptor): essa é a parte função-expressão (necessária). Contudo há outra parte na qual o espaço para criação é livre, na qual qualquer coisa pode ser inserida: somente esta parte corresponde à ideia-expressão (livre). Portanto, a análise da presença ou ausência do *contributo mínimo* só pode ser feita sobre esta última parte. Por isso dizemos que o modo de avaliação do *contributo mínimo* das obras utilitárias é diferido e isso, por si só, já justifica a inserção dessas em uma categoria diversa e independente das obras literárias e artísticas.

6.1.3.2.2. Obras de Arte Aplicada

Geralmente a chamada obra de arte aplicada designa as mesmas criações que a obra utilitária, sendo utilizados, assim, os termos como sinônimos. Podemos observar isso pelo que explica Masouyé, em “*Guide to the Berne Convention*”, da OMPI: “works of applied art: the Convention uses this general expression to cover the artistic contributions to the makers of knick-knacks, jewellery, gold and silverware, furniture, wallpaper, ornaments, clothing, etc.”⁵⁹⁷. De igual forma, Delia Lipszyc trata os termos como sinônimos:

Una creación puede ser una obra artística y, al mismo tiempo, cumplir una función utilitaria o una función ornamental en una cosa material. Son obras de artes aplicadas las creaciones

⁵⁹⁶ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. Op. cit. p. 13.

⁵⁹⁷ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. Op. cit. p. 17.

artísticas con funciones utilitarias o incorporadas a objetos de uso práctico, ya sean artesanales o bien producidas en escala industrial.⁵⁹⁸

Nesse mesmo sentido estão as palavras de Melville B. Nimmer e David Nimmer:

Works of applied art are said to “encompass all original pictorial, graphic, and sculptural works that are intended to be or have been embodied in useful articles, regardless of factor such as mass production, commercial exploitation, and the potential availability of design patent protection.”^{599 600}

Desse modo, sendo a obra de arte aplicada considerada como sinônimo da obra utilitária, também aqui a análise do contributo mínimo é diferido e, portanto, somente abrange a parte tocante à ideia-expressão, excluindo-se da análise tudo o que for inerente à função-expressão.

6.1.3.3. Obra Compilatória

Também nas obras compilatórias a análise da presença do contributo mínimo é diferida, o que, de igual forma, justifica a colocação das mesmas em categoria diversa. Isto porque, seja compilação do que for, o contributo mínimo apenas deverá presente na forma de *seleção ou disposição* da compilação e não no conteúdo da mesma. Desse modo, só haverá obra de compilação se a *seleção ou disposição* possuir contributo mínimo e essa é a estrutura da obra compilatória, essa é a própria obra, e não os elementos compilados. Por exemplo, em uma compilação de músicas, a obra compilatória é a forma de *seleção ou disposição* que as músicas são apresentadas – evidentemente só se aí estiverem presentes o contributo mínimo e os outros requisitos – e não as músicas contidas na compilação; estas músicas poderão ou não ser obras independentes da compilação se preencherem os requisitos para aquisição desse status. O trecho a seguir da já apontada decisão do STJ sobre compilação de músicas (item 4.4.2) é bem esclarecedor nesse aspecto:

Afirmou o Tribunal que “não pode o apelante Alexandre Pimenta irrogar para si a idéia de se compilar em uma obra o repertório de cancionário de serestas, bem como invocar a utilização de capacidade criativa por meio de escolha de músicas cujo universo já se encontrava previamente delimitado, **dúvida não havendo, assim, de que a forma de seleção e**

⁵⁹⁸ LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. París: UNESCO; Bogotá: CERLALC; Buenos Aires: Zavalía, 1993. p. 86.

⁵⁹⁹ [Nota do Original]: H. Rep., p. 54. See also Aronson “Protecting Designs by Trademarks, Copyrights, and Design Patents,” 1 *Intellectual Property Counseling and Litigation* Chap. 3 (1991).

⁶⁰⁰ NIMMER, Melville B.; NIMMER, David. *Nimmer on Copyright*. vol. 1. San Francisco: Lexis Nexis, 2008. § 2.08[B][3].

organização das canções na obra não decorreu de sua atividade inventiva, de criação de seu espírito, mas de simples, ainda que magistral, trabalho de cotejo das músicas destinadas a satisfazer as orientações daquele que requisitou seu trabalho” (fl.36).⁶⁰¹

Como se pode perceber, nessa decisão a compilação foi descaracterizada como obra pelo fato de não haver o contributo mínimo na “seleção e organização” da criação. Isto independente do fato de serem músicas (obras musicais) os objetos da compilação.

Isso nos leva mais longe ainda: as obras compilatórias também podem aparecer de outra forma. Compilações de elementos fora do escopo de proteção por direito de autor também podem adquirir o status de obra. Isso acontece, por exemplo, com a compilação de fatos e, até mesmo, a compilação de ideias. Não porque estaremos concedendo proteção autoral a fatos ou a ideias – estas se mantêm fora do raio de proteção –, mas sim porque a estrutura da obra compilatória decorre somente da *seleção ou disposição*, pois essa “*seleção ou disposição*” é que forma a própria estrutura da obra; apesar dos critérios de “seleção ou disposição” não se confundirem com a estrutura interna da obra em si. Nesse sentido são esclarecedoras as palavras de Manoel Joaquim Pereira dos Santos ao falar da proteção de bases de dados:

Como ressalta Oliveira Ascensão, o critério de seleção, organização ou disposição do conteúdo não constitui em si mesmo a obra intelectual protegível.⁶⁰² É a estrutura interna decorrente da utilização desse critério que imprime ao conjunto o caráter de criação intelectual. E, tal com ocorre com os programas de computador, grande parte das bases de dados podem representar a expressão obrigatória de uma fórmula ou processo.

Em outras palavras, a funcionalidade da base de dados limita sua forma de expressão, no que se refere à estrutura interna.⁶⁰³ Por esse motivo, muitas das bases de dados apresentam-se com bastante simplicidade enquanto forma de expressão, o que lhes tira o caráter de criação intelectual e as priva de proteção autoral.^{604 605}

⁶⁰¹ BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 604.956 – MG*. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Data do Julgamento 30.09.2004. Publicado em 22.10.2004. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=1462753&formato=PDF>> Acesso em 07 mai. 2009.

⁶⁰² [Nota do Original]: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 673-674.

⁶⁰³ [Nota do Original]: O Art. 6º, inciso III, da Lei do Software (Lei n.º 9.609/98) estabelece que não constitui ofensa aos direitos do titular de programa de computador a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força de limitação de forma alternativa para a sua expressão.

⁶⁰⁴ SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *Considerações Iniciais sobre a Proteção Jurídica das Bases de Dados*. In FILHO, Adalberto Simão; LUCCA, Newton de (Org.). *Direito & Internet*. Bauru: Edipro, 2000, p. 289-290.

⁶⁰⁵ Também no extinto CNDA encontramos decisão que se posiciona nesse mesmo sentido: “Portanto, o critério fundamental consiste em saber se, pelos critérios de seleção e organização, a publicação em tela constitui criação intelectual. No caso concreto, em que pese conterem os folhetos analisados, substancialmente, informação de domínio público, não se pode negar que a concepção desse material, em seu conjunto, revela um esforço intelectual criativo, quer no tocante á forma externa, quer no tocante á composição do trabalho, seleção das informações e organização do texto. A reprodução de um folheto semelhante, copiando a maneira de apresentação das informações, configuraria a apropriação indevida do trabalho intelectual de terceiro. Isto não quer dizer que as informações em si sejam de apropriação exclusiva, já que qualquer pessoa poderá reproduzi-las em outro folheto, que seja original e, portanto, de apresentação diferente.” In BRASIL. *Conselho Nacional de Direito Autoral. Deliberação n.º 38/83*. 1ª Câmara, Cons. Manoel Joaquim Pereira dos Santos. Data do Julgamento 10.08.1983. Publicação D.O.U. 18.08.83. In CONSELHO NACIONAL DE DIREITO AUTURAL. *Deliberações de 1982-1983*. Brasília: CNDA, 1984. p. 310-313.

Portanto, assim como nas obras utilitárias, nas obras compilatórias o contributo mínimo não pode ser analisado de forma livre sobre toda a extensão da criação. O contributo mínimo deve ser analisado somente nos cerne de constituição da obra compilatória: sua estrutura interna formada a partir do modo de *seleção ou disposição*. Não podemos também confundir as obras compilatórias com as obras utilitárias porque aqui não há de se excluir nenhuma função necessária a ser desempenhada. Isto porque a função de uma compilação sempre será reunir elementos, seja para quais fins for. Por exemplo, fins literários para reunião de poemas; fins de dados estatísticos para reunião de informações de censo; fins de otimização de tempo e redução de custos de procura para reunião de telefones e endereços; fins de informação e registro de termos de uma língua para reunião de palavras em dicionário. Portanto, o que irá configurar a existência ou não de uma obra nesses não é a análise da presença do contributo mínimo nos elementos para a além da função desempenhada, mas sim a análise da presença do contributo mínimo nos elementos da *forma expressiva que constitui a estrutura interna da compilação formada a partir do modo de seleção ou disposição*⁶⁰⁶. Por isso também aqui se justifica a criação de uma nova categoria de obras.

Quanto a proteção de obras compilatórias pela Convenção de Berna, apesar da mesma se referir somente a “obras literárias e artísticas”, aqui cabe a mesma observação feita quanto às obras utilitárias: essa convenção apresenta-se no sentido de englobar todas as criações segundo o enunciado normativo do artigo 2º e a interpretação que lhe é dada por Masouyé em “*Guide to the Berne Convention*” da OMPI, citados no item 6.1.3.2.

Além disso, a proteção de compilações por direito de autor é expressamente prevista não só na Convenção de Berna, mas também no acordo TRIPs, na LDA e no acordo NAFTA conforme apresentado capítulo 3. Desse modo, a separação das compilações em uma categoria diversa de obras em nada prejudica ou acrescenta no sentido de colocá-las no escopo de proteção por direito de autor, pois dentro desse escopo elas, há muito, expressamente se encontram. A vantagem trazida pela criação de uma nova categoria de obras

⁶⁰⁶ “Not every selection, coordination, or arrangement will pass muster. This is plain from the statute. It states that, to merit protection, the facts must be selected, coordinated, or arranged “in such a way” as to render the work as a whole original. This implies that some “ways” will trigger copyright, but that others will not. See Patry 57, and n. 76. Otherwise, the phrase “in such a way” is meaningless and Congress should have defined “compilation” simply as “a work formed by the collection and assembly of preexisting materials or data that are selected, coordinated, or arranged.” That Congress did not do so is dispositive. In accordance with “the established principle that a court should give effect, if possible, to every clause and word of a statute,” *Moskal v. United States*, 498 U.S. 103, 109-110 (1990) (internal quotations omitted), we conclude that the statute envisions that there will be some fact-based works in which the selection, coordination, and arrangement are not sufficiently original to trigger copyright protection.” In *ESTADOS UNIDOS. Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/499_US_340.htm> Acesso em 16 nov. 2008.

– a das obras compilatórias – é facilitar a identificação do contributo mínimo (e, assim, também dos outros requisitos) e da existência ou não de uma obra protegida.

6.2. CONTRIBUTO MÍNIMO NA LINHA: DIREITOS DE AUTOR PARA OS QUE MERECEM DE UM LADO E DOMÍNIO PÚBLICO PARA A SOCIEDADE DO OUTRO

O contributo mínimo, assim como o tempo de proteção e as “limitações”, encontra-se no cerne do balanceamento – entre o exclusivo autoral e o acesso à cultura – justificador do direito de autor. Desse modo, o contributo mínimo influencia diretamente na determinação do que deve ser protegido e do que não deve. Daniel Gervais ao comentar o caso *Feist* observa que

It seems that by requiring the mark of creativity, rather than looking at the work, time or money invested in the creation process, the Supreme Court clarified the consideration that society expects from its copyright "contract" with the author, and that copyright is not (only) an investment protection scheme.⁶⁰⁷

Sendo o contributo mínimo requisito para aquisição de direitos de autor e elemento da obra, ele colabora diretamente para a determinação do que é protegido e do que não é; portanto, do que está sob o escopo de proteção do direito de autor e do que está em domínio público.

Isso porque, ao se questionar se uma criação atende aos requisitos para aquisição de direitos de autor – dentre eles o *contributo mínimo* –, a resposta incluirá duas possibilidades: se positiva, a criação é *obra* e goza de proteção por direitos de autor; se negativa, a criação intelectual, apesar de sua característica de intangibilidade, não goza de proteção por direitos de autor e, conseqüentemente, poderá ser utilizada livremente por toda a sociedade. Isso que aqui colocamos encontra-se também no estudo da UNCTAD- ICTSD:

Copyright serves to provide an incentive so that creative activity will be encouraged. Such creative activity is ultimately directed at benefiting the public. The determination of what works are protected and the conditions of such protection should be carefully considered in light of the rich variety of approaches that have been experimented with in the past, and with particular regard to the goals of economic development. A careful balance is necessary in implementing all of the required standards to ensure that the public welfare is not compromised by rules that only consider the incentive aspect. Conversely, implementation should consider what is necessary to encourage optimal production of copyrightable works. For example, a high creativity standard may not be as effective in encouraging the production of a wide range of works, as a low standard has proven to be in countries such as the United States. Alternatively, one might opt for a high standard of creativity in certain categories of works, such as computer programs, and a low standard in

⁶⁰⁷ GERVAIS, Daniel J. Op. cit. p. 958.

others. Since the originality/creativity requirement is a matter of national discretion, it is unlikely that adopting different standards for different works can be said to violate any TRIPS mandate.⁶⁰⁸

Cabe deixar claro desde já que não pretendemos com essa afirmação “retirar” a proteção por direito autoral das obras que assim se mostram protegidas e, igualmente, “dar” tal proteção as que não a possui. Acontece que, quando se coloca cerca para demarcar o local preciso da propriedade de um campo aberto, tirando-se aquela cerca que não condiz com as demarcações constantes do título de registro de imóveis, mesmo que costumeira; pode acontecer de alguns trechos considerados até então como integrantes da propriedade fiquem de fora, da mesma forma que pode ocorrer de se cercar um importante espaço que estava por algum motivo esquecido. A esse respeito, Pietro Perlingieri ensina que apesar de muitos verem os chamados “limites externos” de um direito como uma restrição ao pleno exercício dos mesmos, o enfoque correto é de que esses “limites externos” nascem junto com o próprio direito e compõem seu campo de atuação de maneira intrínseca, contribuindo com sua própria função:

São facilmente criticáveis aquelas concepções que, para salvar a noção de direito subjetivo, identificam, no poder da vontade que se exprime em forma arbitrária e absoluta, o princípio; e, nos limites, a exceção. Por exemplo, quem é proprietário de um terreno só pode construir a determinadas distâncias das ruas e das estradas; para o proprietário que queira construir no solo objeto do direito, é necessária licença para construir (concessione edilizia: arts. 1 e 4 l. n.º 10 de 28 de janeiro de 1977) que, diversamente da licenza edilizia prevista na lei urbanística anterior (art. 31 l. n.º 1.150 de 17 de agosto de 1942) – é considerada atributiva e não recongnitiva da faculdade de construir. Estes vínculos, mesmo sendo numerosos, seriam sempre e somente exceções: limites colocados no interesse da coletividade, dos vizinhos, terceiros de qualquer modo qualificados, mas sempre limites externos ao direito que, como tais, não mudariam sua essência.

O enfoque não é correto. No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-datada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si encerra limitações para o titular. Os chamados limites externos, de um ponto de vista lógico, não seguem a existência do princípio (direito subjetivo), mas nascem junto com ele e constituem seu aspecto qualitativo. O ordenamento tutela um interesse somente enquanto atender àquelas razões, também de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações e dos vínculos. Os limites, que se definem externos ao direito, na realidade não modificam o interesse pelo externo, mas contribuem à identificação da sua essência, da sua função.⁶⁰⁹

Esse ensinamentos de Pietro Perlingieri a respeito dos direitos subjetivos são plenamente aplicáveis ao direito de autor. E, como dito anteriormente, o contributo mínimo

⁶⁰⁸ UNCTAD-ICTSD. Op. cit. p. 151.

⁶⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2007. p. 121-122.

age como uma referência para o raio de alcance do direito de autor, como um critério do que ajuda a selecionar o que faz jus a proteção e o que não faz: um requisito (o qual, defendemos ainda, possuir índole constitucional). Portanto, essa é mais uma das utilidades práticas do contributo mínimo que, aplicado a partir de critérios objetivos e claros, poderá contribuir em muito para a segurança jurídica na utilização transformativa de criações, principalmente no ambiente da *web*. Joseph Scott Miller em seu artigo “Hoisting Originality”⁶¹⁰ aponta um caso de conflitos em direito de autor em que foram levantadas as questões de *fair use*, mas não a do *contributo mínimo*.

O exemplo que Miller dá é a respeito dos de pôsteres da campanha presidencial de Barack Obama contendo a imagem de Obama estilizada nas cores azul, vermelha e branca. A questão foi que o autor dos pôsteres, Shepard Fairey, disse ter utilizado uma foto encontrada na busca de imagens do Google como referência. Depois de muitas especulações da imprensa a respeito de qual foto seria essa, o próprio Shepard Fairey disse ter usado como referência uma foto da Associated Press; já essa dizia que se tratava sim de uma foto dela, mas não a que Fairey indicava ser. A questão acabou chegando aos tribunais com uma ação declaratória de não-infringência de direitos de autor ajuizada por Fairey e seus argumentos centrais giravam todos em torno do *fair use*. A partir daí que Joseph Scott Miller questiona em seu artigo a respeito da análise do *contributo mínimo*, principalmente a respeito do quantum de criatividade; apontando que o *contributo mínimo* tem sido aceito com um nível muito baixo nos Estados Unidos. Nas palavras de Joseph Scott Miller:

One need not reach the fair use question at all, however, if the expression Fairey copied from Garcia’s photo is not protected by copyright. How could that be? “To establish infringement, two elements must be proven: (1) ownership of a valid copyright, and (2) copying of constituent elements of the work that are original.”⁶¹¹ And the conventional copyright view is that photographs are copyrightable,⁶¹² due in part to how low copyright’s originality threshold is taken to be.⁶¹³ What I am struck by, however, is how conventional – how uncreative – the Garcia photos of the Press Club event are. I find them pleasing, to be sure, and they seem well-composed and clear; anyone who uses them should, I think, credit Garcia with having taken them. They accurately convey a moment that took place at the press event they record. Photojournalism’s high professional standards doubtless

⁶¹⁰ MILLER, Joseph Scott. Hoisting originality. (March 16, 2009) Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper No. 2009-4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1361040>> Acesso em 07 nov. 2009.

⁶¹¹ [Nota do Original]: *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 361 (1991) (concluding that a copier was not liable for copyright infringement because the material it copied – a set of white pages phone number listings – did not meet the constitutionally-required minimum level of originality).

⁶¹² [Nota do Original]: *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 306-07 (2d Cir. 1992); *Ets-Hokin v. Skyy Spirits, Inc.*, 225 F.3d 1068, 1073-77 (9th Cir. 2000). *See also* [update 1 Nimmer on Copyright § 2.08[E][1], at 2-130 (1999)].

⁶¹³ [Nota do Original]: *See Rogers*, 960 F.2d at 307 (“But the quantity of originality that need be shown is modest-only a dash of it will do.”); *Ets-Hokin*, 225 F.3d at 1076 (“[T]o overcome the presumption of validity, defendants must demonstrate why the photographs are not copyrightable. This they have failed to do, primarily because the degree of originality required for copyrightability is minimal.”).

encourage just this type of accurate, pleasing, and conventional presentation.⁶¹⁴ But “original”? If conventional copyright doctrine tells us these photos are sufficiently original to earn strong exclusion rights, so much the worse – in my view – for copyright law.⁶¹⁵

Portanto, a análise do contributo mínimo é de grande importância para as questões que envolvem a transformação criativa e o domínio público. Nesse sentido, o *contributo mínimo* possui uma função similar ao das “limitações” e do tempo de proteção para atendimento da função social do direito de autor. Sobre o tema, Bruno Lewick assim fala:

No âmbito de um direito autoral relativizado, ou seja, consciente de que não é absoluto, e atento aos interesses de outros personagens, é essencial que a doutrina privilegie o estudo dos potenciais conflitos de direitos, antecipando, assim, as questões que a jurisprudência terá que enfrentar. Reforça-se a percepção de que o exame dos direitos privados não mais prima pelo seu caráter “estático”, ensimesmado, mas sim “dinâmico”, ou seja, em permanente conflito com os interesses circunstantes. Esta idéia ganha hoje tintas de consenso no direito constitucional, pois se considera quase um corolário da intensa presença dos princípios naquele cenário; e, com o também já referido processo de ofuscamento das fronteiras entre o direito público e o direito privado, também o direito civil hoje prima por esta abordagem. Daí, também, a importância das limitações – pois, assim como já expusera San Tiago Dantas em relação ao direito de vizinhança (e deixando claro que a analogia não tem a intenção de ressuscitar a ideologia “proprietária” do ramo autoral) as limitações, conflituosas pela própria natureza, representam o verdadeiro “ponto crítico” do direito autoral contemporâneo.⁶¹⁶

Acrescentamos ainda ao que diz Bruno Lewick que também são “pontos críticos” do direito de autor o *tempo de proteção* e o *contributo mínimo*. O que há de similar entre essas três figuras – o contributo mínimo, o tempo de proteção e as “limitações” ao direito de autor – é o caráter de delimitador do direito de autor que todas elas possuem. Todas essas figuras, ao seu modo específico, servem para balancear o direito de exclusivo com o direito de uso livre das obras. Portanto, todas elas geram intermináveis discussões devido aos diversos – e muitas vezes opostos – interesses sobre o uso e proteção da criação. As “limitações” aos direitos de autor tem sido muito trabalhadas pela doutrina brasileira como o meio de se atingir a função

⁶¹⁴ [Nota do Original]: See, e.g., BRIAN HORTON, *The Associated Press Photojournalism Stylebook* (1990); MARTIN KEENE, *Practical Photojournalism: a Professional Guide* (2d ed. 1995); KENNETH KOBRE, *Photojournalism: the Professionals’ Approach* (2d ed. 1991).

⁶¹⁵ MILLER, Joseph Scott. Op. cit. p. 5-6.

⁶¹⁶ [Nota do Original]: A referência, aqui, à sua memorável monografia de 1939 sobre os conflitos de vizinhança, onde San Tiago sustenta que a razão mais profunda para que tais problemas estejam sempre entre os mais “incertos” do direito civil “está no fato de ser o problema da vizinhança precisamente o ponto crítico da teoria da propriedade, isto é, o ponto em que os aspectos essenciais deste instituto se mostram de tal maneira inconciliáveis, que temos de ir buscar critérios práticos capazes de vencer a sua contradição”. O chamamento de San Tiago – é preciso buscar critérios práticos capazes de vencer a contradição entre aspectos do instituto que aparentam ser inconciliáveis – demonstra-se plenamente aplicável ao direito autoral, com especial ênfase nos conflitos entre autores mas atingindo também os demais, revelando-se o problema essencial da *relativização* dos direitos neste ramo (SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, pp. 15 -18).

social do direito de autor, entretanto pouco ouvimos falar em relação ao tempo de proteção⁶¹⁷ e quase nada em relação ao *contributo mínimo* com essa função⁶¹⁸. Tais questões são levantadas com mais frequência por juristas dos Estados Unidos.⁶¹⁹

6.3. O PLÁGIO

Falar sobre o plágio pode ocupar um livro inteiro. Tema classicamente controverso no direito de autor é geralmente o instituto mais lembrado pelos leigos – o que gera ainda mais matéria-prima para o assunto. As questões levantadas por Michel Schneider certamente já ocuparam o tempo de muitas pessoas, atuem elas na área do direito ou não, e ainda esclarece algumas questões jurídicas:

Mas o que se condena no plágio? O que se rouba? Não as idéias, responde a jurisprudência, mas a formalização delas, oposição infelizmente não pertinente aos olhos da teoria literária. Nada é roubado e, no entanto, é mesmo um roubo. Nenhuma violência, a não se ausência de consentimento que caracteriza a violação. Mais precisamente, por que qualificar de roubo o que é uma infração de copyright? Aliás, a maior parte dessas infrações não são plágios, e o plágio não implica necessariamente uma tal infração. O que é roubado não é uma posse tangível, um objeto. Tomar dos mortos seus bens não é também uma homenagem que se lhes presta, uma sobrevida que se lhes assegura? Quem se lembraria do pobre Urio se Haendel não o tivesse copiosamente plagiado? Então, o que é “roubado” é o trabalho da obra, a idéia da obra, mais que a própria obra. O que é certo é que a analogia com o roubo não é boa. Como então qualificar o empréstimo, não de objetos, mas da própria criatividade? É sobretudo do lado da impostura, da utilização fraudulenta dos nomes, de títulos ou de condecorações que seria preciso buscar, mas no registro da identidade usurpada do que na propriedade atingida.⁶²⁰

Richard Posner em “The little book of plagiarism” esclarece boa parte dessas questões ao apontar uma diversidade de modalidades de plágio, o que torna esse instituto ainda mais interessante. Dentre as modalidades por ele apontadas estão a cópia sem indicação de autoria (o plagiário toma as palavras como se dele fossem); a citação retirada de uma fonte secundária e colocada como se acesso a fonte original o plagiário tivesse tido; a cópia “insidiosa” que reconta o mesmo do que se copia com palavras um pouco modificadas; a cópia de trabalhos

⁶¹⁷ Esse tema foi objeto de ampla discussão no grupo de e-mails chamado PIBRASIL no mês de novembro de 2009. PIBRASIL (lista de discussão). Moderador: Gabriel F. Leonardos. Discussões apresentadas sob o título *Direito Autoral - o prazo de proteção é muito longo...* Disponível em: <<http://br.groups.yahoo.com/group/pibrasil/>> Acesso em 25 nov. 2009.

⁶¹⁸ O Brasil, sobre esse tema envolvendo o contributo mínimo, encontramos somente a obra *Função Social do Direito de Autor* de Guilherme Carboni.

⁶¹⁹ ZIMMERMAN, Diane Leenheer. *It's an original! (?): in pursuit of copyright's elusive essence*. Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 28, p. 187, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=601344>> Acesso em 19 set. 2009. 22 p. GINSBURG, Jane C. *Creation and commercial value: copyright protection of works of information*. 90 Colum. L. Rev. 1865 (1990) Disponível em: <<http://www.heinonline.org/HOL/PDFsearchable?handle=hein.journals/clr90&collection=journals&id=1879&print=74§ioncount=1&ext=.pdf>> Acesso em 6 ago. 2009. 75 p.

⁶²⁰ SCHNEIDER, Michel. Op. cit. p. 136.

anteriores do próprio autor apresentando-os como se um trabalho novo fosse (o chamado autoplágio). Mesmo assim, ao contrário do que muitos pensam e como destacam Landes e Posner, “interestingly, plagiarism is not a legal category; plagiarizing is not a crime or a common law tort or a violation of any intellectual property statute”⁶²¹.

Desse modo, Richard Posner endossa Michel Schneider ao comprovar que nem todo plágio é infração de direitos de autor e nem toda infração de direitos de autor é plágio, há casos de coincidência, portanto⁶²². O que nos leva a crer que o plágio pode deflagrar diversas questões jurídicas, tanto cível como criminal, e não questões meramente morais. Mesmo assim, não é à toa que notícias sobre plágio são fartamente encontradas nos jornais e revistas. Mesmo que não haja qualquer implicação jurídica a respeito de determinado plágio, haverá sempre a desmoralização pública, criando o que Michel Schneider chama de “paradoxo psicológico”:

De quê tem medo o plagiário? Da vergonha de ser desmascarado. Você se dizia autor, criador, e nada mais é além de um plagiário, de um copista. Você é nulo. Não é nada. Não é ninguém. Queria se dar um nome próprio, e aí está, reduzido ao estado comum de um epíteto infamante.⁶²³

6.3.1. Obra + Contributo Mínimo ≠ Plágio

O que liga o plágio ao *contributo mínimo*, porém? O fato de nem todo o plágio ser desmoralizante. E só se dá importância ao plágio, isto é, só há desmoralização do plagiário, se um mínimo grau de criatividade também for considerado importante para determinada situação. Esclarecem, Landes e Posner, essa íntima ligação:

Plagiarism is also innocent – indeed, efficient – when no *value* is attached to originality; so judges, who try to conceal originality and pretend that their decisions are foreordained, “steal” freely from each other without attribution. Judges cite cases a lot but rarely mention the author of the opinion they are citing; nor will the reader ordinarily recognize the author from the name of the case or bother to look him up.⁶²⁴

Plágio desmoralizante e *contributo mínimo* caminham juntos, de mãos dadas. Se não é dada importância para um mínimo de criatividade, também não é dada importância para qualquer forma de cópia do conteúdo e da expressão: o plágio é inocente. Entretanto, **se é**

⁶²¹ LANDES, W. M.; POSNER, R. A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Massachusetts: Harvard University Press, 2003. p. 62.

⁶²² POSNER, Richard A. *The little book of plagiarism*. Pantheon Books: Nova Iorque, 2007. p. 11-39.

⁶²³ SCHNEIDER, Michel. Op. cit. p. 136.

⁶²⁴ LANDES, W. M.; POSNER, R. A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Massachusetts: Harvard University Press, 2003. p. 63.

dada importância ao *contributo mínimo* e esse mínimo grau de criatividade se encontra presente, não há o que se falar em plágio de qualquer tipo: o *contributo mínimo* justifica a “separação” entre uma obra e outra. Assim, sendo a obra “separada” da outra, merece ela a proteção autoral. Aliás, uma outra forma de definir o *contributo mínimo* poderia ser: a criatividade que “separa” a obra que a contém de todas as outras obras existentes.

Saiu na Revista Veja⁶²⁵ que nem mesmo o hino nacional conseguiu “se separar” tanto assim de uma obra anterior. Sem “separação” suficiente não há *contributo mínimo*; e sem *contributo mínimo*, já vimos, não há obra. Será que o hino nacional não é obra? O que implica em pensar também: se a criação plagiária não possui *contributo mínimo*, se ela não “se separa” criativamente de todas as outras obras (inclusive a plagiada), então nenhuma criação plagiária é capaz de receber proteção por direito de autor. Mas também não podemos tomar isso como uma lógica absoluta, pois há que se levar também em consideração o *quantum* plagiado com o *quantum* total da obra.

A história do hino contada pela reportagem é a seguinte. Seu compositor, Francisco Manoel da Silva, inseriu no mesmo um trecho muito parecido com o tema de um ofício religioso composto pelo Padre José Maurício Nunes Garcia, um dos mais conceituados compositores da música erudita brasileira. A suspeita de plágio se deu durante um festival de música colonial em Juiz de Fora. Quando foi executado o ofício religioso “Matinas de Nossa Senhora da Conceição” do Padre José Maurício, a platéia, composta por especialistas, ficou impressionada com a semelhança do trecho ao hino nacional. Como Francisco Manuel foi aluno do Padre José Maurício e este ficou esclerosado pouco depois de ter composto o referido ofício religioso, a suspeita é de que o compositor do hino realmente copiou o trecho de seu professor que, por estar mentalmente incapacitado, não percebeu. Nós não encontramos nenhuma menção sequer sobre esse assunto em outras fontes.

Há ainda outra forma de se fazer uso do *contributo mínimo* em uma contenda que envolva plágio e infração autoral. Não é necessariamente preciso se provar que a criação sob suspeita de plágio “se separa” suficientemente de criação anterior. Também não haverá plágio se a criação dita como plagiada – e esse é um caso de interseção de plágio com infração de direito de autor – não possuir *contributo mínimo*. Assim, a primeira criação não é obra e não está portanto sob o escopo de proteção: sua cópia, integral ou parcial, é livre. Isso faz com que

⁶²⁵ MASSON, Celso. Até tu, Francisco? E essa agora: estudiosos sérios suspeitam que o *Hino Nacional* é um caso de plágio. *Revista Veja*, São Paulo, 19 jan. 2009. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/090200/p_138.html> Acesso em: 19 mai. 2009.

o suposto plagiário se livre de uma demanda jurídica, mas talvez não de uma possível execução moral por ter imitado a criação (não obra) de outro. De todo o modo, o plágio de uma criação – não de uma obra – poderia ter um reflexo moral mais leve e, quem sabe, até ser tomado como inocente.

Essa é a estratégia, segundo reportagem do New York Times, da banda Coldplay para alegar que não houve plágio da música do guitarrista Joe Satriani. Teria dito a banda que a música dita como plagiada não faz jus à proteção autoral por falta de originalidade, ou seja, de *contributo mínimo*.⁶²⁶ Não estamos sugerindo que ambas as músicas não possuam proteção. O que queremos indicar é que cerne do argumento utilizado nesse caso concreto ilustra bem o que aqui estamos tratando: descaracterizando-se uma criação como obra protegida por direito autoral, descaracteriza-se qualquer tipo de infração, de modo que o uso da obra ou de partes da mesma, qualquer que seja – inclusive para fins comerciais – é livre para todos. Mais uma aplicação prática do *contributo mínimo*.

O jornal Clarín⁶²⁷ fez uma lista imensa apontando casos de plágio da qual não escapam: José Saramago com seu livro “As intermitências da morte”, acusado pelo escritor mexicano Teófilo Huerta de ter se baseado em seu conto “¡Últimas noticias!”, de 1987; o filme “A Ilha (The Island)” de Michael Bay, que segundo dizem os produtores do filme “Romance ou Pesadelo (The Clonus Horror)” de Robert S. Fiveson, lançado em 1979, há por volta de 90 semelhanças entre os filmes; Madonna e a música “Frozen” do álbum “Ray of Light”, que teve a execução pública proibida na Bélgica, pois o juiz considerou que ela possui uma excessiva quantidade de compassos da música “Ma vie fout le camp” do grupo Acquaviva; o filme “Syriana”, de Stephen Gaghan, acusado de plágio pela escritora francesa Stéphanie Vergniault; o guitarrista Carlos Santana sua música “Africa Bamba”, pois o grupo senegalês Toure Kunda reivindica a autoria da música que teria sido adaptada por Santana. E mais muito mais já apareceu na mídia: em janeiro deste ano, o estilista Giorgio Armani acusou a Dolce & Gabbana de ter apresentado na Semana de Moda Masculina de Milão, calças copiadas de sua coleção anterior⁶²⁸.

⁶²⁶ ITZKOFF, Dave. Coldplay Denies Charge of Plagiarism. *The New York Times*, Nova Iorque, 7 abr. 2009. Disponível em: <<http://artsbeat.blogs.nytimes.com/2009/04/07/coldplay-denies-charge-of-plagiarism/?scp=2&sq=plagiarism&st=cse>> Acesso em: 19 mai. 2009.

⁶²⁷ MAYER, Marcos. El ocaso de la originalidad: La insostenible levedad del plagio. *Clarín*, 05 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.clarin.com/suplementos/cultura/2006/08/05/u-01246343.htm>> Acesso em: 19 mai. 2009.

⁶²⁸ *Revista Veja*. Armani acusa a D&G de plágio. São Paulo, 19 jan. 2009. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/variedade/armani-acusa-d-g-plagio-415626.shtml>> Acesso em: 19 mai. 2009.

Além disso, o filme brasileiro “Entre lençóis”, do diretor colombiano Gustavo Nieto Roa, também é alvo de acusações de plágio, bem como a versão colombiana – “Entre sábanas” – do mesmo diretor, pelo chileno Adrián Solar, produtor do filme “Na cama”⁶²⁹. Hino de futebol também não escapa: Lamartine Babo, compositor de hinos de 11 times de futebol carioca teria plagiado a música “Row, row, row (Rema, rema, rema)” para compor o hino do América-RJ.⁶³⁰ Dentre as últimas notícias sobre o tema está que os roteiristas Greg Crowder e Tony Freitas ajuizaram uma ação em face da NBC Universal alegando que o filme “Love Happens”, estrelado pela atriz Jennifer Aniston, é plágio do roteiro “The Truth” apresentado em 2006 à produção da Universal Pictures.⁶³¹

A análise de todos esses casos deve passar necessariamente pelo *contributo mínimo*, seja para provar a presença de *contributo mínimo* na obra dita como plagiária, seja para afastar o *contributo mínimo* na obra dita como plagiada.

6.4. OBRA ORIGINÁRIA OU OBRA DERIVADA?

Derivada, no Brasil, diz-se a obra que “constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária”⁶³². A Convenção de Berna, utilizando-se do recurso da enumeração, exemplifica ainda o que é obra derivada ao dizer que “são protegidas como obras originais, sem prejuízo dos direitos do autor da obra original, as traduções, adaptações, arranjos de musicais e outras transformações de uma obra literária ou artística”⁶³³. Masouyé, em “*Guide to the Berne Convention*” da OMPI, também nos traz algumas explicações do que seja uma obra derivada:

The translator works on someone else's text but brings his own mind to bear on expressing that other's thoughts in a different language. The translation is a work in itself; without the work translated it could not exist, but it is different from the latter not only in language but by expressions, phraseology, grammatical construction, style and often more. Adaptations also occupy an important place in the intellectual property field, and the multiplicity of communications media offers them an ever-wider forum. Many novels, often

⁶²⁹ ALMEIDA, Carlos Helí de. Filme colombiano 'Entre lençóis' é acusado de plágio. *JB Online*, 04 dez. 2008. Disponível em: <<http://jbonline.terra.com.br/extra/2008/12/04/e04128574.html>> Acesso em: 19 mai. 2009.

⁶³⁰ POMBO, Bernardo. Hino mais bonito do futebol brasileiro é um plágio de música americana. 22 fev. 2009. Bola de Meia: casos, curiosidades e memória do futebol. *O Globo*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/blogs/bolademeia/post.asp?t=hino-mais-bonito-do-futebol-brasileiro-um-plagio-de-musica-americana&cod_post=158378&a=603> Acesso em 07 out. 2009.

⁶³¹ *O Globo*. Roteiristas querem impedir o lançamento do novo filme de Jennifer Aniston por plágio. 16 set. 2009. <<http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2009/09/16/roteiristas-querem-impedir-lancamento-do-novo-filme-de-jennifer-aniston-por-plagio-767631270.asp>> Acesso em 07 out. 2009.

⁶³² Lei 9.610/98, artigo 5º, inciso VIII, alínea “g”.

⁶³³ INTERNACIONAL. *Convenção Universal sobre Direito de Autor. Artigo 2 (3)*. In SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003.

unknown or forgotten, have found their way to the stage, screen, radio or television, in the form of plays, scripts and radio or TV serials. The adaptation is a work in itself, in a sense subordinate to the earlier work but with its own importance. Adaptations may also be translations if the original work was in a different language.

This paragraph also covers arrangements of music and generally all other alterations of literary and artistic works. Of course, the protection that these works enjoy is without prejudice to the copyright in the originals: in other words, in order to translate, adapt, arrange or alter a protected work, the consent of the author is needed, unless, of course, the work is in the public domain.⁶³⁴

Contudo, não há ainda determinação jurídica mais precisa do que seja obra derivada e a análise do caso concreto é indispensável. Não há ainda um consenso sobre o tema pois nem todo o tipo de criação que utilize parte de uma obra ou até mesmo a descreva é uma obra derivada. Em relação ao uso de parte de uma obra não necessariamente cria uma obra derivada, como ocorre, por exemplo, com os casos de citação e outras modalidades de uso previstas em lei (como as chamadas “limitações” no Brasil, o *fair use* dos Estados Unidos, o *fair dealing* da Inglaterra⁶³⁵). Landes e Posner apontam essa dificuldade:

The outer bounds of the concept of derivative work are unclear. Suppose a book contains a very detailed description of some scene; is a painting of that scene a derivative work? Or, approaching the issue from the opposite direction, is an exact description of a painting a derivative work of the painting? It may be, we suggested earlier, if it is an algorithm that enables an exact copy of the painting to be generated more or less mechanically. But that is an exceptional case, and if we lay it to one side the answer to both questions is "no." Not only because the amount of free riding is limited in both cases since the copying is creative rather than mechanical, and not only because the "copy" is not a close substitute for the original—for these are characteristics of many derivative works—but because in both examples the expressive element of the "copy" dominates the expressive element in the original.⁶³⁶

Não nos interessa aqui discutir os parâmetros que determinam um conceito do que seja uma obra derivada. Interessa-nos ressaltar os casos de conflito em que surgem dúvidas se determinada criação é uma obra derivada ou se há plágio.

⁶³⁴ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. Op. cit. p. 19.

⁶³⁵ “O *fair use* não se confunde com o sistema britânico do *fair dealing*. Embora semelhante àquele, este não representa uma cláusula geral e central que possa ser aplicada em todas as possibilidades. No entanto, ‘desde 1911 evoluiu para especificações legislativas que fazem aproximar o sistema do continente europeu. O uso privado não é motivo geral de exoneração, discutindo-se nomeadamente as faculdades de utilização para pesquisa e estudo privado.’” In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006. p. 137.

⁶³⁶ LANDES, W. M.; POSNER, R. A.. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Massachusetts: Harvard University Press, 2003, p. 114.

6.4.1. Obra originária + Contributo Mínimo = Obra Derivada

Já dissemos que há casos em que encontramos a presença do plágio e da infração a direitos de autor conjuntamente, mas que as duas figuras são distintas e, portanto, não se confundem (item 6.3). Se uma criação utiliza uma obra originária e não há suficiente contributo mínimo que “separe” as duas, estamos diante de uma figura de plágio. Entretanto, se há contributo mínimo suficiente para “separar” uma criação de uma obra originária na qual claramente se baseou, estamos diante de uma obra derivada⁶³⁷. Ann Bartow aponta que, geralmente, a quantidade de contributo mínimo para aquisição de direitos sobre uma obra primígena é menor que a necessária para configuração de uma obra derivativa; e se refere a essa questão como o “paradoxo do quantum de criatividade”:

Individuals who devote a substantial amount of time and energy into authoring new creative works in other fields or professions, however, may be painfully aware of their susceptibility to accusations of illicit copying.

Apprehension about being accused of copyright-infringing copying may dissuade and discourage potential authors from productively building on pre-existing creative works. This fear is created in part by the creativity quantum paradox: it takes very little creativity to engender an entitlement to copyright protection, but, at least rhetorically, seems to take much more creativity, effort and ingenuity to avoid infringing another work.⁶³⁸

Saber se uma obra é originária ou derivada passa pela análise da quantidade criativa da segunda em relação à primeira. Em outras palavras, cabe saber se houve de fato uma transformação da obra primígena ou se há apenas a utilização de alguns de seus elementos pela obra derivada. Dessa forma, o que determinará se uma obra é originária ou derivada será o quantum de grau mínimo criativo (*contributo mínimo*) que uma possui em relação à outra.

Além disso, há outras implicações quanto aos diferentes níveis de contributo mínimo para caracterização da obra originária e da obra derivada. Vemos isso, por exemplo, quando é considerada uma obra derivada a reprodução de uma obra em outro meio, como a fotografia de uma pintura ou uma escultura. Landes e Posner também abordam esse ponto:

For obvious reasons, a derivative work to be copyrightable must have some expressive elements not found in the original work; otherwise it would be a straight copy rather than a

⁶³⁷ Nesse caso, se o uso da obra originária não foi autorizado para a confecção da obra derivada, será um caso de infração de direito de autor. Aqui é preciso fazer ressalva a respeito das utilizações permitidas por lei, a exemplo das chamadas “limitações” ao direito de autor no Brasil, do *fair use* nos Estados Unidos e do *fair dealing* no Reino Unido.

⁶³⁸ BARTOW, Ann. Copyrights and creative copying. *University of Ottawa Law & Technology Journal*, Vol. 1, p. 75, 2003-2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=515582>> Acesso em 25 nov. 2009. p. 88-89. E ainda diz a respeito do tema (p. 93): “Yet, once some judges see evidence that creative expression has been copied, they assess only two available options, finding infringement or finding fair use. It does not seem to occur to them that discerning a lack of substantial similarity can end an appropriate infringement case quite elegantly and efficiently. They evidence a perception that the very act of copying exudes an aura of actionable evil. They need to be reminded that admissions of copying are not admissions of infringement, and detecting copying is not the same as finding substantial similarity.”

derivative work in an interesting sense. Consider a wind-up Mickey Mouse doll that looks just like the copyrighted Mickey Mouse cartoon character; the commercial success of the doll depends on its being an exact replica of the Walt Disney character. Since this mechanical "translation" of the figure into a new medium involves no expression, copyright protection is not required to prevent free riding by third parties on the cost of expression incurred by the author of the derivative work, as it was in our example of an English translation of Dostoevsky. This is not to say that anyone is free to make the mechanical translation. It is a copy and therefore infringing unless made by the author of the original work or a licensee of that author. The point is only that nothing is gained, at least in terms of enhancing incentives to create expressive works, by allowing the identical copy to be copyrighted. But we must make a qualification for the case, illustrated by photography of works of art, where the creativity of the derivative work consists precisely in the fidelity with which it reproduces the visual impression created by the original.⁶³⁹

Precisa a ressalva feita pelo *Copyright Act* dos Estados Unidos ao dizer que

§ 103 · Subject matter of copyright:

Compilations and derivative works

(b) The copyright in a compilation or **derivative work extends only to the material contributed by the author of such work, as distinguished from the preexisting material employed in the work, and does not imply any exclusive right in the preexisting material.** The copyright in such work is independent of, and does not affect or enlarge the scope, duration, ownership, or subsistence of, any copyright protection in the preexisting material.⁶⁴⁰

Estamos aqui diante de um fenômeno similar ao que apontamos na aferição do contributo mínimo na obra utilitária (item 6.1.3.2). Para identificarmos o contributo mínimo em uma obra derivada é necessário desconsiderar o que essa obra utiliza da obra originária. Evidentemente, muito mais fácil identificar a função e a forma necessária de uma determinada obra no caso da utilitária do que separar o que foi o não utilizado da obra originária. Por isso essa análise é mais complexa, mas não é impossível. Mais uma vez, o estabelecimento de critérios objetivos para tanto urge assim como para a identificação do contributo mínimo como um todo; deixamos essa análise, por tão complexa e fora do escopo do presente trabalho, a cargo de trabalhos futuros, entretanto. Landes e Posner assim falam sobre a importância do estabelecimento de critérios de contributo mínimo para marcar a separação entre obra originária, obra derivada, plágio e infração de direitos de autor:

The main function of conditioning copyright protection on a showing of some originality is not to reduce monopoly power but to lighten the evidentiary burden on the courts of having to decide whether two virtually indistinguishable works (indistinguishable because they contain trivial amounts of original expression – maybe both copies, with negligible alterations in format, of the same railroad timetable) were independently created or one was copied from the other; and for this purpose a minimal requirement of originality is sufficient.⁶⁴¹

⁶³⁹ LANDES, W. M.; POSNER, R. A. Op. cit. p. 112.

⁶⁴⁰ ESTADOS UNIDOS. Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. *United States Copyright Office*. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/title17/>> Acesso em 24 set. 2009.

⁶⁴¹ LANDES, W. M.; POSNER, R. A. Op. cit. p. 90.

6.5. CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA IDENTIFICAÇÃO DO CONTRIBUTO MÍNIMO

Para que possamos traçar critérios objetivos de identificação do *contributo mínimo* em determinada criação é necessário fazê-lo levando em conta o tipo de obra. No entanto, o próprio texto da Convenção de Berna, apesar de prever o *contributo mínimo* de maneira implícita, não deixa nenhuma pista de qual a quantidade de *contributo mínimo* deve haver para que determinada criação, com todas as suas especificidades, seja considerada obra.⁶⁴²

A falta de consolidação de critérios objetivos para identificação do *contributo mínimo* também é evidenciada nesse comentário de Diane Leenheer Zimmerman:

The addition in Feist of the creativity requirement seems to me to make sense only if seen as an acknowledgment by the Court that Bleistein and its progeny simply express an inadequate understanding of the constitutional requirements for copyright and of the modern Court's understanding of its purposes.⁶⁴³ [FN129] After all, the Court did not need to open the originality can of worms to decide the case in Feist's favor and to lay the "sweat of the brow" doctrine to rest. It simply could have said what I think is quite true: that Feist was entitled to take the facts, and that it did not take Rural's selection and arrangement. By insisting that copyright claimants have to make an affirmative case for protection that goes beyond merely saying that they did not copy, the Court took a tentative first step toward re-adopting the view so colorfully stated by Prof. Kaplan that, "[T]o make the copyright turnstile revolve, the author should have to deposit more than a penny in the box."⁶⁴⁴ [FN130] But exactly what must He or she deposit?⁶⁴⁵

Há, porém, a percepção de um movimento no sentido de tornar a identificação do requisito de *contributo mínimo* através de critérios objetivos. Bruno Lewicki já tratou do tema dizendo que

É neste sentido, talvez, e à luz da mudança do conceito de originalidade de subjetiva para objetiva, que se possa ler a reivindicação de "um mínimo de criatividade" que deva ser subjacente às obras protegidas. Há sim, que haver um mínimo de criatividade, mas este deve ser averiguado em comparação às obras já existentes; comparação esta que não deve ser

⁶⁴² "Article 2(1) of the Berne Convention merely lists a series of words that each Union country is protect; it does not indicate any guideline there as to how the requirement of intellectual creation is to be applied in each case." In GINSBURG, Jane C.; RICKETSON, Sam. Op. cit. p. 404-405.

⁶⁴³ [Nota do Original]: It is particularly notable, I believe, that in the course of the Feist opinion, the cases on originality that the

Court cites are The Trade-Mark Cases and Sarony, not Bleistein. The Court calls the two earlier cases "the touchstone of copyright protection today." Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tele. Serv. Co., 499 U.S. 340, 347 (1991). Bleistein rates only the briefest of mentions. Id. at 359.

⁶⁴⁴ [Nota do Original]: Benjamin Kaplan, An Unhurried View Of Copyright 46 (1967).

⁶⁴⁵ ZIMMERMAN, Diane Leenheer. *It's an original!(!?): in pursuit of copyright's elusive essence*. Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 28, p. 187, 2005. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=601344>> Acesso em 19 set. 2009. p. 205-206.

caracterizada por uma apreciação estética, mas pura e simplesmente pela busca de diferenças palpáveis entre o novo e o já existente.⁶⁴⁶

Como dito no capítulo 1, a questão do contributo mínimo não é um problema exclusivo do direito de autor. Em patentes o contributo mínimo corresponde ao requisito da atividade inventiva⁶⁴⁷ que, apesar de ter sido até hoje muito mais trabalhado pela jurisprudência e pela doutrina do que o contributo mínimo autoral, ainda sim apresenta muitas questões novas e ainda não consolidadas, a exemplo da própria objetividade dos critérios para identificação desse requisito. No Brasil dois trabalhos recentes abordam a questão, *Atividade inventiva: objetividade do exame* de Denis Borges Barbosa e *Atividade inventiva: uma análise dos critérios de aferição objetiva no direito de patentes brasileiro e estrangeiro* de Rodrigo de Azevedo Souto Maior, os quais poderão servir como excelentes guias para a análise da questão no direito de autor.

Entretanto, a questão dos critérios objetivos para identificação do contributo mínimo envolve, portanto, várias nuances e é extremamente complexo; por isso o deixamos a cargo de trabalhos futuros. Coube-nos no momento apenas levantar algumas dessas questões que, como tudo o que foi apresentado até agora, apontam para a importância do estudo do *contributo mínimo* e sua relevância em matéria de direito de autor. Assim, encerramos esse trabalho com a reflexão que nos foi deixada por Diane Leenheer Zimmerman:

It would be challenging to develop the right standards for copyrightability, I agree. After all, critics have termed even the modest efforts by German courts to raise the standards for originality romantic and unworkable.⁶⁴⁸ And, as I said earlier, we could not pursue a heightened originality standard unless we first had a better understanding than we now do of why we are imposing it and what we expect to gain from it in the end. But I don't think the case against demanding quality in return for copyright has really been made, and as Feist somewhat gingerly hints, it may actually be what the Constitution requires.⁶⁴⁹

⁶⁴⁶ LEWICKI, Bruno. *A historicidade do direito autoral*. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 292-293.

⁶⁴⁷ A respeito da correspondência do instituto do contributo mínimo autoral com a atividade inventiva em patentes, assim apontam Landes e Posner: "Here the requirement of establishing that one's invention is not obvious serves the same evidentiary function that we identified in Chapter 4 for the requirement that a derivative work of a copyrighted work, to be copyrightable itself, have significant originality." In LANDES, W. M.; POSNER, R. A. Op. cit. p. 305.

⁶⁴⁸ [Nota do Original]: One scholar wrote on this subject that the stricter "level of creativity" requirement in German law was a "dubious construction". Gerhard Schricker, Farewell to the "Level of Creativity" (Schopfungshöhe) in German Copyright Law? 26 IIC 41 (1995), at 46. He then added, "[P]roposals to raise the minimum protection level in copyright from 'small change' up to the level of more respectable cultural goods reveals an idealism that is indeed laudable, but not very realistic." Id. at 47.

⁶⁴⁹ ZIMMERMAN, Diane Leenheer. *It's an original!(!?): in pursuit of copyright's elusive essence*. *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 28, p. 187, 2005. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=601344>> Acesso em 19 set. 2009. p. 212.

7 CONCLUSÃO

Muitas foram as conclusões do presente trabalho. Entretanto isso não significa que o tema do contributo mínimo autoral esteja esgotado. Pelo contrário, muitas foram as conclusões por conta dos muitos questionamentos que envolvem o tema. E as conclusões aqui apresentadas constituem apenas o início do longo caminho ainda a ser trilhado para maior consolidação e objetivação desse instituto. Na verdade, todas as conclusões apresentadas ao longo do trabalho não são nada além do que questionamentos disfarçados, uma vez que de cada uma delas defluem inúmeras outras trilhas.

Como os principais objetivos do presente trabalho foram (i) chamar a atenção para a existência do instituto do *contributo mínimo* como requisito para aquisição de direitos de autor, (ii) apresentar a forma como ele tem sido discutido no direito internacional e no direito brasileiro e (iii) apontar como ele se mostra muito útil na resolução de diversos problemas práticos do direito de autor; nos damos por satisfeitos com os resultados obtidos. De fato, no início da pesquisa havia a sensação de que, por ser muito específico o tema, haveria uma dificuldade imensa para obtenção de bibliografia para pesquisa. No decorrer da pesquisa, porém, o tema foi se desdobrando em muitos, foi abrindo novas trilhas, criando novos defluentes, de modo que uma boa parte do material encontrado teve que ficar de fora. Por isso, a sensação de agora é que a pesquisa foi somente iniciada e não acabada. A maioria dos temas contidos nos itens criados, principalmente os do capítulo 6, podem render trabalho com o número de páginas ainda maior.

O primeiro capítulo, como se é de esperar, cumpriu o papel de apresentar o tema, contextualizando o direito da propriedade intelectual e o direito de autor no cenário internacional, de modo a deixar claro o motivo pelo qual uma visão internacional sobre o tema é necessária. Para isso, falamos das diferentes formas de proteção por direito da propriedade intelectual e dos principais tratados a ele relacionados. Depois, realizamos uma breve contextualização história do direito de autor, partindo, em seguida, para a apresentação do instituto do *contributo mínimo*. Já no capítulo primeiro indicamos que esse é um instituto em formação que pode ser claramente observado no que Durkheim chama de *consciência coletiva* e, assim, reconhecido como um *ius in fieri*.

No segundo capítulo já começamos a apresentar algumas conclusões. **Há uma profusão de termos para indicar o instituto do contributo mínimo** e isso nos chama atenção para estarmos sempre bem atentos ao contexto semântico em que os termos mais utilizados (tais como originalidade, criatividade, novidade, individualidade, criação do

espírito, criação artística, etc.) estão empregados. Isto porque há outros institutos do direito de autor que muitas vezes também recebem algumas das mesmas denominações, o que faz com que uma possível confusão entre eles se mantenha em estado latente.

Em seguida, pelo desempenho do contributo mínimo similar a um filtro de entrada para o escopo de proteção do direito de autor, destacamos o que consideramos ser as principais funções do contributo mínimo fazendo o paralelo do mesmo com uma pulseirinha V.I.P. cuja a presença permite a entrada em locais precipuamente restritos a um fluxo de entrada geral. Dessa mesma forma, uma criação deve possuir o contributo mínimo para entrar no âmbito de proteção do direito de autor. Isto porque, e essa é a primeira função que apontamos, **o contributo mínimo é um requisito para aquisição de direitos de autor**. Esse é um ponto fartamente fundamentado ao longo de todo o trabalho através de opiniões doutrinárias e decisões de tribunais; mesmo esse aspecto do contributo mínimo não esteja expresso em textos normativos, há diversas interpretações de que tomam como base a Convenção de Berna e a legislação brasileira e estrangeira as quais extraem essa afirmativa de seus conteúdos apontando para previsões implícitas do contributo mínimo como requisito.

A segunda função que apontamos como sendo uma das principais é a do **contributo mínimo ser elemento-chave na definição do que é obra**. Esse aspecto também é largamente tratado, principalmente nos capítulos 5 – quando explicamos essa função no contexto dos requisitos para aquisição de proteção por direito de autor – e 6 – quando nos aprofundamos no assunto. De fato, para que uma criação seja *obra* é necessário que ela apresente um mínimo grau de criatividade que possa justificar o fato dela ser explorada com exclusividade por seu autor ou titular de direitos. Então, possuir esse mínimo grau criativo é uma característica inerente a *obra*, de modo que sem o contributo mínimo uma criação não poderá ser considerada uma obra.

A terceira e última função principal que apontamos é que **o contributo mínimo é elemento presente no balanceamento justificador do direito de autor**. Justificamos esse ponto fazendo um paralelo com as “limitações” ao direito de autor e o tempo de duração do mesmo. Assim como nesses dois casos, o contributo mínimo ajuda a delinear o alcance da proteção por direito de autor, de modo a ser um elemento que deve ser levado em consideração quando do balanceamento entre o direito de exclusivo autoral e o direito de acesso à cultura.

Seguimos, ainda no segundo capítulo, apontando que **o mínimo grau criativo exigido na qualidade de contributo mínimo pode e deve utilizar elementos disponíveis no meio**

cultural, pois não se exige que essa criatividade mínima seja algo completamente novo de tudo o que já foi criado, bastando para tanto a transformação criativa.

Além disso, **para se identificar a presença do contributo mínimo em uma criação é necessário considerar os diferentes tipos de obra**. Justificamos essa afirmativa apresentando uma forma de identificar o contributo mínimo em personagens que, por si só, de forma independente das histórias em que estão inseridas, podem ser consideradas obras. No caso dessas personagens o contributo mínimo é identificado no conjunto de características que as constitui. Entretanto, para outros tipos de obra, tais como pintura, música, peça de teatro, romance, essa forma de identificação não faz sequer sentido; de modo que a peculiaridade de cada tipo de obra deve ser sempre considerada.

Apontamos também que **criações meramente descritivas, lugar-comum que apenas comunicam uma informação sem qualquer outro incremento, não estão sujeitas a proteção por direito de autor por falta de contributo mínimo**. No item que tratamos desse assunto apresentamos decisões dos tribunais australiano e inglês que se posicionam nesse sentido. E aqui ainda há uma nuance: **as palavras ou frases pequenas possuem menos chances de adquirirem proteção por conta de seus tamanhos**.

Ao fim do segundo capítulo apresentamos ainda alguns posicionamentos contra a qualidade do contributo mínimo como requisito. Porém apresentamos também argumentos refutando-os.

No terceiro capítulo partimos para análise da presença do contributo mínimo no direito internacional. Nele apontamos que diversos tratados internacionais – Convenção de Berna, TRIPs, Convenção da OMPI sobre direito de autor, NAFTA – reconhecem a existência do contributo mínimo na qualidade de requisito, bem como encontramos o mesmo entendimento no direito internacional costumeiro, em normas de direito comunitário da União Europeia e no direito uniformizado. Portanto **o contributo mínimo como requisito para aquisição de direitos de autor possui status de norma de direito internacional público e de direito internacional privado**. Além disso, apresentamos uma interpretação de que **o contributo mínimo como elemento presente no balanceamento justificador do direito de autor pode ser inferido de normas de direitos humanos** contidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Finalizamos esse capítulo apontando que em diferentes países são adotados diferentes níveis de contributo mínimo e que a Convenção de Berna permite isso.

Começamos o quarto capítulo com a apresentação da importante decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Feist*, e através desse caso, indicamos que nos Estados Unidos o contributo mínimo é um requisito de índole constitucional. Em seguida, procedemos uma breve análise a respeito da constitucionalidade do contributo mínimo no Brasil e acabamos por destacar que o **contributo mínimo é, sob o aspecto do ordenamento jurídico brasileiro, também um requisito com status de norma constitucional devido sua qualidade de elemento presente no cerne do balanceamento – entre o exclusivo autoral e o acesso à cultura – justificador do direito de autor**. Vamos ainda além na análise e destacamos que, além disso, o contributo mínimo decorre de normas fundamentalmente constitucionais, tendo em vista a fundamentalidade das normas constitucionais que tratam do direito de autor e do direito de acesso à cultura.

Depois apresentamos o resultado de uma pesquisa feita no STF e no STJ que aponta para o reconhecimento do contributo mínimo como requisito para aquisição de direitos de autor, apesar de nenhuma menção ser feita a respeito do seu caráter de norma constitucional (acreditamos que pelo fato do contributo mínimo ainda não estar completamente consolidado). Ao fim do quarto capítulo apresentamos ainda duas importantes decisões, uma no Canadá e outra na Austrália, que reconhecem o contributo mínimo como requisito e que citam, inclusive, o caso *Feist* dos Estados Unidos.

No quinto capítulo tratamos dos requisitos para aquisição de proteção por direitos de autor. Primeiramente mostramos como não há hoje um delineamento de quais sejam esses requisitos, de modo que tudo acaba por recorrer às listas enumerativas e exemplificativas dos tipos de obras protegidas. Para isso, trazemos inúmeros textos normativos que contêm essas listas e, como exemplo, apresentamos uma decisão do STJ que não leva em consideração a existência de requisitos para aquisição de direitos de autor. Em seguida propomos uma nova forma de se pensar esses requisitos a qual leva em consideração tanto qualidades referentes ao criador quanto à criação. Apontamos que, **para uma criação ser considerada obra protegida por direito de autor é necessário primeiro que seu criador possa ser qualificado como autor**. Os requisitos que consideramos que devem ser preenchidos pelo criador são (i) que esse seja pessoa humana e (ii) que haja imputação de autoria pelo resultado final da criação. Já os requisitos que consideramos que devem ser preenchidos pela criação são (i) ser criada, (ii) ser exteriorizada ou fixada; (iii) não estar presente nas proibições legais, (iv) não ser cópia de obra preexistente (novidade) e (v) possuir contributo mínimo. Ao final desse capítulo apresentamos ainda os motivos pelos quais não consideramos que o “caráter estético” seja um dos requisitos.

No sexto e último capítulo começamos falando da implicação do contributo mínimo na definição de *obra* e da importância de se determinar o que é uma *obra*. Em seguida dizemos que **o conceito de obra também deve passar pelo reconhecimento que o criador deve possuir qualificação para ser considerado autor**. Como já falamos nessa conclusão, o contributo mínimo é um elemento-chave na definição de obra, o que faz com que isso gere diferentes implicações para as diferentes categorias de obras. Nós propomos que as obras devem ser divididas em três categorias: obras literárias e artísticas, obras utilitárias e obras compilatórias. Justificamos essa divisão pelo fato do contributo mínimo ser identificado de modo diverso dentro de cada uma dessas categorias. **Nas obras literárias e artísticas a análise da presença do contributo mínimo é feita ao longo de toda obra, uma vez que sua forma expressiva é livre**. Já nas obras utilitárias a forma expressiva não é tão livre assim. **Nas obras utilitárias a forma expressiva é vinculada no tocante a expressão necessária de sua função, sendo livre somente no que supera essa forma vinculada**. Por fim, **nas obras compilatórias a análise do contributo mínimo se restringe à sua forma interna criada a partir de critérios de seleção ou disposição, pois essa parte é que é a obra**.

No item seguinte indicamos que **o contributo mínimo desempenha função similar ao das “limitações” aos direitos de autor e do tempo de duração dos mesmos para fins de atendimento da função social dos direitos de autor**, uma vez que o contributo mínimo possui grande importância para questões que envolvem a transformação criativa das criações e o domínio público.

Passamos, então, para a questão do plágio e **apontamos que estando presente o contributo mínimo não há o que se falar em plágio desmoralizante**. Isto porque a presença do contributo mínimo indica que determinada criação que o contenha possui criatividade suficiente para alcançar proteção por direitos de autor e, dessa forma, não e confunde nem se aproxima de uma obra preexistente a ponto de existir plágio. Apontamos também que, em possíveis contendas envolvendo plágio e infração de direitos de autor, a análise do contributo mínimo na criação dita plagiada é indispensável para sabermos se essa criação adquiriu ou não o status de obra; em caso negativo, não há o que se falar em infração de direitos de autor nem em plágio de uma *obra*; e sim, possivelmente, de plágio de uma *criação*, o qual deve causar um impacto moral mais leve.

No item seguinte **apontamos a importância do contributo mínimo no limiar entre o que seria um plágio ou uma obra derivada**; indicando ainda que a tendência tem sido de se exigir um grau de criatividade relativamente maior para caracterização de uma obra derivativa do que o necessário para caracterizar uma criação originária. Além disso,

indicamos que **a análise do contributo mínimo em uma obra derivada deve abranger apenas a parte expressiva dessa no que se difere da obra originária.**

Por fim, levantamos a questão da importância da identificação de critérios objetivos para identificação do contributo mínimo e que essa necessidade tem sido apontada pela doutrina.

Cada um desses temas destacados carregam em si pequenas conclusões. Mas o fato é que eles aqui foram apenas apresentados, pois nosso maior objetivo foi apontar para a existência deles. Contudo, cada um deles apresenta um potencial imenso de ramificar-se e de ser, sozinho, desenvolvido em diversos outros trabalhos. Assim esperamos que o presente trabalho seja também uma espécie de um instigador a perguntas e respostas a respeito do *contributo mínimo*.

REFERÊNCIAS

1. LIVROS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. *Manual de direito internacional publico*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 916 p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 754 p.

BARBOSA, Denis Borges. *Propriedade Intelectual: a aplicação do acordo TRIP's*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. 286 p.

_____. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 1268 p.

_____; BARBOSA, Ana Beatriz Nunes; GRAU-KUNTZ, Karin. *A propriedade intelectual na construção dos tribunais constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 134 p.

_____. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. No prelo.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de direito da propriedade intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007. 700 p.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. 451 p.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 328. p.

_____. *Propriedade intelectual na era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. 120 p.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. 188 p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212 p.

BRAITHWAITE, John; DRAHOS, Peter. *Global business regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. 704 p.

CANDIDO, Antonio; GOMES, Paulo Emílio Salles; PRADO, Décio de Almeida; ROSENFELD, Anatol. *A personagem de ficção*. São Paulo: Perspectiva, 2007. 119 p.

CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006. 255 p.

CARREAU, Caroline. *Mérite et droit d'auteur*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1981. 458 p.

CAVALLI, Jean. *Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886*. Tradução para o espanhol de Juan David Castro García. Bogotá: Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2006. 270 p.

CHAVES, Antônio. *Direito do autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 538. p.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. vol 4. São Paulo: Saraiva, 2006. 412 p.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 554 p.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 483 p.

ECO, Humberto. *Obra aberta: forma e indeterminações nas poéticas contemporâneas*. São Paulo: Perspectiva, 2005. 284 p.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 365 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio - Século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GINSBURG, Jane C.; RICKETSON, Sam. *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*. 2 vol. 2. ed. Great Britain: Oxford University Press. 1540 p.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual: conforme a Lei 9610 de 19.2.1998*. 3. ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002. 508 p.

HONTHANER, Eve Light. *Hollywood drive: what it takes to break in, hang in & make it in the entertainment industry*. Massachusetts: Focal Press, 2005. 380 p.

HOWSE, Robert; TREBILCOCK, Michael J. 3. ed. *The Regulation of International Trade*. Abingdon: Routledge, 2005. 759 p.

HULL, David L. *Science as a process: an evolutionary account of the social and conceptual development of science*. Chicago: University of Chicago Press, 1990. 583 p.

KÖTZ, Hein; ZWEIGERT, Konrad. *Introduction to comparative law*. New York: Oxford University Press, 1998. 714 p.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, Massachusetts; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. 442 p.

LANDY, Leigh. *Understanding the art of sound organization*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 2007. 303 p.

LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. Tradução de CARDOSO, Rodolfo S. Filho; TOLEDO JR., Joaquim; ALZUGUIR, Isabela Vecchi; BANDARRA, Mariana; BOIDE, Alexandre. São Paulo: Editora Francis, 2005. 336 p. Disponível em: <http://tramauniversitario.uol.com.br/compartilhe/cultura_livre.jsp> Acesso em 13 out. 2005.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. París: UNESCO; Bogotá: CERLALC; Buenos Aires: Zavalía, 1993. 933 p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 2 vol. 14 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002. 1698 p.

NIMMER, Melville B.; NIMMER, David. *Nimmer on Copyright*. 11 vol. San Francisco: Lexis Nexis, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 718. p.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo, Recife, 2007. 359 p.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 608 p.

POSNER, Richard A. *The little book of plagiarism*. Pantheon Books: Nova Iorque, 2007. 116 p.

POUILLET, Eugène. *Traité theorique et pratique de la propriété litteraire et artistique et du droit de representation*. 2. ed. Paris: Marchal et Billard, 1894.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 415 p.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 454 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392. p.

SCHNEIDER, Michel. Tradução: Luiz Fernando P. N. Franco. *Ladrões de palavras: ensaio sobre o plágio, a psicanálise e o pensamento*. Campinas: Editora da UNICAMP, 1990. 503 p.

SHAW, Malcolm Nathan. *International Law*. 5. ed. Press Syndicate of the University of Cambridge: Cambridge, 2003. 1288 p.

SOUZA, Allan Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica*. Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006. 339. p.

UNCTAD-ICTSD. *Resource Book on TRIPS and Development*. New York: Cambridge University Press, 2005. 846 p.

WALTERSCHEID, Edward C. *The nature of the intellectual property clause: a study in historical perspective*. New York: William S. Hein & Co., Inc., 2002. 485 p.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Guide to the Berne Convention for the protection of literary and artistic works (Paris Act, 1971)*. WIPO: Genebra, 1978. 229 p.

2. ARTIGOS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CASTILHOS, Cristiano Borges; MOURA, Paulo Nadir Rosa de. *Advogados têm direito de autor sobre as petições? Uma breve discussão introdutória a partir e decisões concretas*. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 301-312.

ANDRADE, André; RAMOS, Carolina Tinoco. *Proteção autoral de personagens na era da informação*. Revista Criação, n. 2, ano 1, p. 103-114, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A recente lei brasileira dos direitos autorais comparada com os novos tratados da OMPI*. Revista da ABPI, n. 42, p.13-29, set-out 1999.

_____. *O direito intelectual em metamorfose*. In Revista de Direito Autoral. ano II. n. IV. p. 3-24. fev. 2006.

BARBOSA, Denis Borges. *Bases constitucionais da propriedade intelectual (2)*. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/bases2.pdf>> Acesso em 29 ago. 2008. 98 p.

_____. *Direito ao desenvolvimento, inovação e a apropriação das tecnologias*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_83/artigos/Denis_rev83.htm> Acesso em 29 ago. 2008.

_____. *Domínio público e patrimônio cultural*. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 113-163.

_____. *Atividade inventiva: objetividade do exame*. Revista Criação. ano I. n. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008- . Semestral. p. 123-209.

_____. *Do requisito de originalidade nos desenhos industriais*. Manuscrito.

_____. *Direito Autoral e Liberdade de Expressão: Estudos de Direito*. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>> Acesso em 20 ago. 2008. 231 p.

_____. *Propriedade intelectual e fotos automáticas tiradas por satélites*. Disponível em: <denisbarbosa.addr.com/125.DOC> Acesso em 07 nov. 2009.

_____. *O orientador de tese é co-autor?* Revista da Associação Brasileira de Direito Autoral, Rio de Janeiro, v. 1, 2004.

_____. *Do Bem Incorpóreo à Propriedade Intelectual*. In BARBOSA, Denis Borges. (Org.); GRAU-KUNTZ, Karin (Org.). *Ensaio sobre o Direito Imaterial - Estudos Dedicados a Newton Silveira*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009. p. 389-444.

BARBOSA, Roberto Garza. *Revisiting international copyright law*. Barry Law Review, Vol. 8, p. 43, Spring 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=987090>> Acesso em 01 set. 2009. 68 p.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2006. p. 327-378.

BARTOW, Ann. *Copyrights and creative copying*. University of Ottawa Law & Technology Journal, Vol. 1, p. 75, 2003-2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=515582>> Acesso em 25 nov. 2009. 28 p.

MAFFRE-BAUGÉ, Agnes. *Protection : sur la condition d'originalité*. In VIVANT, Michel (Org.). *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*. Paris: Éditions Dalloz, 2004. p. 113-123.

BRAUNEIS, Robert. *The Transformation of Originality in the Progressive-Era Debate over Copyright in News*. GWU Legal Studies Research Paper No. 463; GWU Law School Public Law Research Paper No. 463. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1365366>> Acesso em 17 jul. 2009. 37 p.

BRAUNSTEIN, Yale M. *Economic impact of database protection in developing countries and countries in transition*. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_7/sccr_7_2.pdf> Acesso em 17 ago. 2009. 31 p.

CHAVES, Antônio. *Obras protegidas pelo direito de autor*. Revista dos Tribunais, vol. 556, ano 71, p. 263-268, fev. 1982.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. *Commission Staff Working Paper: on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/review/sec-2004-995_en.pdf> Acesso em 27 out. 2009. 18 p.

DAMASIO, Antonio R. *Investigating the biology of consciousness*. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1692416/pdf/9854259.pdf>> Acesso em 14 nov. 2009.

DEAZLEY, Ronan. (2008) *Commentary on the Statute of Anne 1710*. Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/ausgabeCom/%22uk_1710%22#_ednref2> Acesso em 01 out. 2009.

DOLINGER, Jacob. *Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio – Trips. Patente de invenção. Aplicabilidade do acordo no Brasil*. Revista Forense, v. 342, 1998, p. 225-235.

EL-KASSAS, Sherif. *Study on the protection of unoriginal databases*. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_7/sccr_7_3.pdf> Acesso em 17 ago. 2009. 19 p.

GERVAIS, Daniel J. *Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law*. 49 Journal of the Copyright Society of the U.S.A. (2002) Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=daniel_gervais> Acesso em 12 ago. 2009. 33 p.

GINSBURG, Jane C. *Creation and commercial value: copyright protection of works of information*. 90 Colum. L. Rev. 1865 (1990) Disponível em: <<http://www.heinonline.org/HOL/PDFsearchable?handle=hein.journals/clr90&collection=journals&id=1879&print=74§ioncount=1&ext=.pdf>> Acesso em 6 ago. 2009. 75 p.

GRAU-KUNTZ, Karin. *Direito de Autor – Um ensaio histórico*. Revista da EMARF. n. 12. Rio de Janeiro. 1999-. Irregular. No prelo.

KHAN, B. Zorina. La piratería de derechos de autor y el desarrollo: evidencia de los Estados Unidos en el siglo XIX. (July 23, 2008). Revista de Economía Institucional, Vol. 10, No. 18, First Semester 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1171624>> Acesso em 01 set. 2009. 34 p.

KWALL, Roberta Rosenthal. *Originality in context*. Houston Law Review, Symposium Issue, Vol. 44, p. 871, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=983552>> Acesso em 18 nov. 2007. 32 p.

LACEY, Simon B.C. *The international intellectual property and enforcement act of 2008: another shot across the bow for exporters from priority watch list countries*. (October 1, 2008) Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1277116>> Acesso em 29 set. 2009. 9 p.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *A proposta norte-americana para as obras órfãs e as regras autorais internacionais*. In PIMENTA, Eduardo Salles (Org.) Direitos Autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 43-44.

LEWICKI, Bruno Costa. *A historicidade do direito autoral*. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. (Org.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 292-293.

_____. *É um pássaro? Oitenta anos do Caso Brancusi*. *Revista de Direito Autoral*. ano II. n. IV. p. 239-254. fev. 2006.

LIMA, Cláudio Vianna. *Arbitragem no direito comunitário do MERCOSUL*. I Seminário de Direito Internacional do IAB/RJ. 19 nov. 1998. Disponível em: <http://www.cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/Arbitragem%20no%20direito%20comunitario%20do%20mercosul%20-%20Por%20Cl%EA1udio%20Vianna%20de%20Lima.pdf> Acesso em 28 nov. 2009. 21 p.

MANSO, Eduardo Vieira. *Os direitos autorais na nova Constituição*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 638, ano 77, p. 161-167, set. 1988.

MILLER, Joseph D. *The Prospects for a Quantum Neurobiology*. Disponível em: <<http://neuroscience.com/manuscripts-1996/1996-011-miller/1996-011-miller.html>> Acesso em 14 nov. 2009.

MILLER, Joseph Scott. *Hoisting originality*. (March 16, 2009) Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper No. 2009-4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1361040>> Acesso em 07 nov. 2009. 37 p.

PARCHOMOVSKY, Gideon; STEIN, Alex. *Originality*. (September 2009). *Virginia Law Review*, Vol. 95, 2009; *Cardozo Legal Studies Research Paper No. 272*; *U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 09-10*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1361911>> Acesso em 37 mar. 2009. 43 p.

RIIS, Thomas. *Economic impact of the protection of unoriginal databases in developing countries and countries in transition*. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sscr_7/sscr_7_4.pdf> Acesso em 17 ago. 2009. 37 p.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Importância do Direito Comparado*. In BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen. *O direito internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006. p. 679-692.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Cópia privada: direito de autor e interesse público*. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Org.). *Propriedade Intelectual em Perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 263-287.

_____. *Considerações Iniciais sobre a Proteção Jurídica das Bases de Dados*. In FILHO, Adalberto Simão; LUCCA, Newton de (Org.). *Direito & Internet*. Bauru: Edipro, 2000, p. 283-297.

_____. *Parecer*. *Revista Criação*, n. 1, ano 1, p. 225-236, 2009.

SANTOS, Newton Paulo Teixeira dos. *A fotografia e o direito do autor*. 2. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1990. 142 p.

SELL, Susan K. *Cat and Mouse: Industries', States' and NGOs' forum-Shifting in the battle over intellectual property enforcement*. (September 1, 2009). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1466156>> Acesso em 24 out. 2009. 31 p.

SHERWOOD-EDWARDS, Mark. *The redundancy of originality*. Disponível em: <<http://127.0.0.1:81/GRURP/bib/bin/show.asp?vpath=/bibdata/zeits/iic/19>> Acesso em 10 nov. 2009. 17 p.

SILVEIRA, Newton. *As fronteiras da técnica*. Revista Criação. ano I. n. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008- . Semestral. p. 211-224.

STANDING COMMITTEE ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS. *Summary on existing legislation concerning intellectual property in non-original databases*. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_8/sccr_8_3.pdf> Acesso em 17. ago. 2009. 15 p.

OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. *2007 Special 301 Report*. Disponível em: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/asset_upload_file230_11122.pdf> Acesso em 04 nov. 2009. 52 p.

_____. *2008 Special 301 Report*. Disponível em: <http://www.ustr.gov/sites/default/files/asset_upload_file553_14869.pdf> Acesso em 04 nov. 2009. 51 p.

WORLD TRADE ORGANIZATION - WTO. *United States – section 110(5) of the US Copyright Act. Report of the Panel*. Disponível em: <<http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/t/WT/DS/160R-00.doc>> Acesso em 19 out. 2009. 69 p.

ZIMMERMAN, Diane Leenheer. *The Story of Bleistein v. Donaldson Lithographing Company: originality as a vehicle for copyright inclusivity*. In DREYFUSS, Rochelle Cooper; GINSBURG, Jane C. *Intellectual Property Stories*. New York: Foundation Press, 2006. p. 77-108.

_____. *It's an original!(!): in pursuit of copyright's elusive essence*. *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 28, p. 187, 2005. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=601344>> Acesso em 19 set. 2009.

3. TESES E DISSERTAÇÕES

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006. 387 p.

LEWICKI, Bruno Costa. *Limitações aos direitos do autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. Tese (Doutorado em Direito Civil). Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. 309 p.

MAIOR, Rodrigo de Azevedo Souto. *Atividade inventiva: uma análise dos critérios de aferição objetiva no direito de patentes brasileiro e estrangeiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica). Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

4. PÁGINAS NA INTERNET

E-PIPOCA. *Fievel - Um Conto Americano*. Disponível em:
<http://epipoca.uol.com.br/filmes_detalhes.php?idf=1664> Acesso em 30 out. 2009.

_____. *Bernardo e Bianca*. Disponível em:
<http://epipoca.uol.com.br/filmes_detalhes.php?idf=1574> Acesso em 30 out. 2009.

_____. *Ratatouille*. Disponível em:
<http://epipoca.uol.com.br/filmes_detalhes.php?idf=12318> Acesso em 30 out. 2009.

INTERNATIONAL TRADEMARK ASSOCIATION. *Nontraditional trademarks*. Disponível em:

<http://www.inta.org/index.php?option=com_content&task=view&id=178&Itemid=59&getcontent=1> Acesso em 28 ago. 2008.

KOELMAN, Kamiel. *Copyright in the Courts: Perfume as Artistic Expression?* Disponível em: <http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/05/article_0001.html> Acesso em 18 ago. 2009.

OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE – USTR. *USTR Releases 2009 Special 301 Report*. Disponível em: <<http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2009/april/ustr-releases-2009-special-301-report>> Acesso em 01 out. 2009.

PIBRASIL (lista de discussão). Moderador: Gabriel F. Leonardos. Discussões apresentadas sob o título *Direito Autoral - o prazo de proteção é muito longo...* Disponível em: <<http://br.groups.yahoo.com/group/pibrasil/>> Acesso em 25 nov. 2009.

THE STATIONARIES' AND NEWSPAPER MAKERS' COMPANY. *The Hall & Heritage*. Disponível em: <<http://www.stationers.org/hall-heritage.php>> Acesso em 5 set. 2009.

UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE – USPTO. *Trademarks: general information and processing*. Disponível em: <<http://www.uspto.gov/main/faq/index.html>> Acesso em 11 out. 2009.

WIKIPEDIA, The free encyclopedia. *George Bernard Shaw*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/George_Bernard_Shaw> Acesso em 26 ago. 2008.

_____. *Desiderius Erasmus*. Disponível em:
<<http://en.wikipedia.org/wiki/Erasmus#Works>> Acesso em 4 set. 2009.

_____. *Johann Froben*. Disponível em:
<http://en.wikipedia.org/wiki/Johann_Froben> Acesso em 4 set. 2009.

_____. *Élio Donato*. Disponível em:
<http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%89lio_Donato> Acesso em 30 out. 2009.

_____. *John Oswald (composer)*. Disponível em:
<[http://en.wikipedia.org/wiki/John_Oswald_\(composer\)](http://en.wikipedia.org/wiki/John_Oswald_(composer))> Acesso em 21 out. 2009.

_____. *Bernadette Peters*. Disponível em:
<http://en.wikipedia.org/wiki/Bernadette_Peters> Acesso em 28 ago. 2008.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. *Berne Convention: contracting parties*. Disponível em:
<http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15> Acesso em 20 ago. 2009

_____. *Paris Convention: contracting parties*. Disponível em:
<http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2> Acesso em 20 ago. 2009.

_____. *Contracting Parties: Berne Convention - Brazil - Details*. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/Remarks.jsp?cnty_id=922C> Acesso em 06 out. 2009.

WORLD OF QUOTES.COM, Historic quotes and proverbs archive. *Aelius Donatus Quotes*. Disponível em: <<http://www.worldofquotes.com/author/Aelius-Donatus/1/index.html>> Acesso em 28 nov. 2009.

WTO – WORLD TRADE ORGANIZATION. *Understanding the WTO: the organization members and observers*. Disponível em:
<http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm> Acesso em 30 set. 2009.

5. REPORTAGENS JORNALÍSTICAS

ALMEIDA, Carlos Helí de. Filme colombiano 'Entre lençóis' é acusado de plágio. *JB Online*, 04 dez. 2008. Disponível em:
<<http://jbonline.terra.com.br/extra/2008/12/04/e04128574.html>> Acesso em: 19 mai. 2009.

FOLGER, Tim. Does the universe exist if we're not looking? 01 jun. 2002. *Physics & Math. Discover Magazine*. Disponível em:
<<http://discovermagazine.com/2002/jun/featuniverse/?searchterm=past%20reality>> Acesso em 09/03/2008.

MASSON, Celso. Até tu, Francisco? E essa agora: estudiosos sérios suspeitam que o *Hino Nacional* é um caso de plágio. *Revista Veja*, São Paulo, 19 jan. 2009. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/090200/p_138.html> Acesso em: 19 mai. 2009.

MAYER, Marcos. El ocaso de la originalidad: La insoportable levedad del plagio. *Clarín*, 05 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.clarin.com/suplementos/cultura/2006/08/05/u-01246343.htm>> Acesso em: 19 mai. 2009.

ITZKOFF, Dave. Coldplay Responds to Infringement Claim. *The New York Times*, Nova Iorque, 9 dez. 2008. Disponível em: <<http://artsbeat.blogs.nytimes.com/2008/12/05/joe-satriani-sues-coldplay-for-cold-plagiarism/>> Acesso em: 19 mai. 2009.

_____. Coldplay Denies Charge of Plagiarism. *The New York Times*, Nova Iorque, 7 abr. 2009. Disponível em: <<http://artsbeat.blogs.nytimes.com/2009/04/07/coldplay-denies-charge-of-plagiarism/?scp=2&sq=plagiarism&st=cse>> Acesso em: 19 mai. 2009.

O GLOBO. Roteiristas querem impedir o lançamento do novo filme de Jennifer Aniston por plágio. 16 set. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2009/09/16/roteiristas-querem-impedir-lancamento-do-novo-filme-de-jennifer-aniston-por-plagio-767631270.asp>> Acesso em 07 out. 2009.

_____. Digital. *Pirate Bay volta ironizando indústria após ficar cerca de 24 horas fora do ar*. 25 ago. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/mat/2009/08/25/pirate-bay-volta-ironizando-industria-apos-ficar-cerca-de-24-horas-fora-do-ar-767314599.asp>> Acesso em 30 ago. 2009.

_____. Digital. *Dez anos de troca-troca: em 1999 nascia o Napster... e a indústria cultural nunca mais foi a mesma*. 11 mai. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/mat/2009/05/11/dez-anos-de-troca-troca-em-1999-nascia-napster-a-industria-cultural-nunca-mais-foi-mesma-755806550.asp>> Acesso em 30 ago. 2009.

_____. Digital. *Fundadores do Pirate Bay são condenados à prisão na Suécia*. 17 abr. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/mat/2009/04/17/fundadores-do-pirate-bay-sao-condenados-prisao-na-suecia-755321336.asp>> Acesso em 30 ago. 2009.

_____. *Mostra no CCBB reúne figurinos do estilista Yves Saint Laurent*. 27 mai. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/rioshow/mat/2009/05/25/mostra-no-ccb-une-figurinos-do-estilista-yves-saint-laurent-756017930.asp>> Acesso em 07 out. 2009.

POMBO, Bernardo. Hino mais bonito do futebol brasileiro é um plágio de música americana. 22 fev. 2009. Bola de Meia: causos, curiosidades e memória do futebol. *O Globo*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/blogs/bolademeia/post.asp?t=hino-mais-bonito-do-futebol-brasileiro-um-plagio-de-musica-americana&cod_post=158378&a=603> Acesso em 07 out. 2009.

REVISTA VEJA. Armani acusa a D&G de plágio. São Paulo, 19 jan. 2009. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/variedade/armani-acusa-d-g-plagio-415626.shtml>> Acesso em: 19 mai. 2009.

SCIENCE MAGAZINE. 2007 Visualization Challenge. 28 set. 2007. vol. 317. Disponível em: <<http://www.sciencemag.org/cgi/reprint/317/5846/1858.pdf>> Acesso em 11 nov. 2009.

THE NEW YORK TIMES. Grammy Awards: List of Winners. Nova Iorque, 8 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2009/02/09/arts/music/09primewebgrammylist.html>> Acesso em: 19 mai. 2009.

6. TRATADOS INTERNACIONAIS

INTERNACIONAL. *Convenção de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, Revista em Paris, a 24 de julho de 1971*. In SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Direito Autoral. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003. p. 181-229.

_____. *Convenção Universal sobre Direito de Autor*. In SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Direito Autoral. 2. ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003. p. 232-259.

_____. *TRIPs - Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio*. In BARBOSA, Denis Borges. Propriedade Intelectual: a aplicação do acordo TRIPs. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 158-209.

_____. *WIPO Copyright Treaty*. Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/trtdocs_wo033.html> Acesso em 24 out. 2009.

_____. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/ONU-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>> Acesso em 19 out. 2009.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. In PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 389-393.

_____. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. In PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 415-424.

REGIONAL. *Convenção Interamericana, sobre direitos de autor, em obras literárias, científicas e artísticas*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=79373>> Acesso em 21 ago. 2009.

_____. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)*. In PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 562-570.

_____. *North American Free Trade Agreement*. Disponível em: <<http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=343>> Acesso em 15 nov. 2009.

7. CARTAS CONSTITUCIONAIS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 05 set. 2009.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm> Acesso em 05 set. 2009.

ESTADOS UNIDOS. *U.S. Constitution*. Disponível em: <<http://topics.law.cornell.edu/section/constitution>> Acesso em 10 out. 2008.

8. LEGISLAÇÃO

ALEMANHA. *Copyright Law (Urheberrechtsgesetz, UrhG)*. Translation provided by the International Bureau of WIPO. IUSCOMP The Comparative Law Society. Disponível em: <<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/UrhG.htm>> Acesso em 24 set. 2009.

BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998: altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973: regula os direitos autorais e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5988.htm> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975: promulga a Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971*. Diário Oficial da União. Seção 1. 09/05/1975. p. 5553. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1975-05-06;75699>> Acesso em 06 out. 2009.

_____. *Decreto nº 48.458, de 4 de julho de 1960: promulga a Convenção Universal sobre Direito de Autor, concluída em Genebra, a 6 de setembro de 1952*. Diário Oficial da União. Seção 1. 03/08/1960. p. 10981. LEXML. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1960-07-04;48458>> Acesso em 06 out. 2009.

_____. *Decreto nº 76.905, de 24 de dezembro de 1975: promulgada a Convenção Universal sobre Direito de Autor, revisão de Paris, 1971*. Diário Oficial da União. Seção 1. 26/12/1975. p. 17079. LEXML. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1975-12-24;76905>> Acesso em 06 out. 2009.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 12, de 14 de dezembro de 1948*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=79373>> Acesso em 21 ago. 2009.

_____. *Decreto nº 26.675, de 18 de maio de 1949: promulga a Convenção Interamericana sobre os Direitos de Autor em obras literárias, científicas e artísticas, firmada em Washington, a 22 de junho de 1946*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=106626>> Acesso em 21 ago. 2009.

_____. *Decreto nº 76.275, de 15 de setembro de 1975: organiza o Conselho Nacional de Direito Autoral e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=205513>> Acesso em 12 nov. 2009.

ESTADOS UNIDOS. *Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code*. United States Copyright Office. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/title17/>> Acesso em 24 set. 2009.

FRANÇA. *Code de la propriété intellectuelle*. Legifrance. Le service public de la diffusion du droit. Disponível em : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20090925>> Acesso em 24 set. 2009.

PORTUGAL. *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos*. Ministério da Cultura. Gabinete de Planeamento, Estratégia, Avaliação e Relações Internacionais. Disponível em: <<http://www.gpeari.pt/default.aspx?cn=6149AAAAAAAAAAAAAAAAAAAAAAAA>> Acesso em 24 set. 2009.

REINO UNIDO. *Statute of Anne*. In ARTS & HUMANITIES RESEARCH COUNCIL. Primary Sources on Copyright (1450 - 1900), *London (1710)*. Disponível em: <http://www.copyrighthistory.org/cgi-bin/kleioc/0010/exec/showThumb/%22uk_1710%22/start/%22yes%22> Acesso em 27 set. 2009.

_____. *Copyright, Designs and Patents Act 1988*. Office of Public Sector Information – OPSI. Disponível em: <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga_19880048_en_1.htm> Acesso em 24 set. 2009.

UNIÃO EUROPÉIA. *Directiva 96/9/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 1996, relativa à protecção jurídica das bases de dados*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:PT:HTML>> Acesso em 26 out. 2009.

_____. *Directiva 91/250/CEE do Conselho, de 14 de Maio de 1991, relativa à protecção jurídica dos programas de computador*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0250:PT:HTML>> Acesso em 26 out. 2009.

_____. *Directiva 2006/116/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa ao prazo de protecção do direito de autor e de certos direitos conexos (versão codificada)*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0116:PT:HTML>> Acesso em 27 out. 2009.

_____. *Directiva 93/98/CEE do Conselho, de 29 de Outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0098:PT:HTML>> Acesso em 27 out. 2009.

9. ACÓRDÃOS

AUSTRÁLIA. *Federal Court. State of Victoria v Pacific Technologies (Australia) Pty Ltd (No 2)* [2009] FCA 737 (10 June 2009). Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/FCA/2009/737.html?query=Pacific%20Technologies>> Acesso em 29 out. 2009.

_____. *Federal Court. Telstra Corporation Limited v Desktop Marketing Systems Pty Ltd* [2001] FCA 612 (25 May 2001). Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/2001/612.html> Acesso em 14 ago. 2009.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 30.406 – GB. Rel. Min. Victor Nunes, Primeira Turma, julgado em 11.04.1966, publicado em 25.05.1966*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=30406&classe=RE>> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 906.269 - BA. Min. Rel. Humberto Gomes de Barros. Julgado em 16/10/2007. DJ 08/02/2008*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=729499&sReg=200602489230&sData=20071029&formato=PDF>. Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 604.956 - MG. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Data do Julgamento 30.09.2004. Publicado em 22.10.2004*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=1462753&formato=PDF>> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 57449 - RJ. Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do Julgamento 24.06.1997, Publicação DJ 08.09.1997*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199400365870&dt_publicacao=08-09-1997&cod_tipo_documento=>> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 121.757 - RJ.* Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data do Julgamento 26.10.1999, Publicação DJ 08.03.2000. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199700147649&dt_publicacao=08-03-2000&cod_tipo_documento=> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 617.130 - DF.* Terceira Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Data do Julgamento 17.03.2005, Publicação DJ 02.05.2005. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=515073&sReg=200302083816&sData=20050502&formato=PDF> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 69134 - SP.* Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro. Data do Julgamento 19.09.2000, Publicação DJ 30.10.2000 p. 159. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=IMG&sequencia_l=71392&num_registro=199500329425&data=20001030&formato=PDF> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 351358 - DF.* Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Data do Julgamento 04.06.2002, Publicação DJ 16.09.2002 p. 192. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=107711&sReg=200101109466&sData=20020916&formato=PDF> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 655035 - PR.* Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Data do Julgamento 07.05.2007, Publicado em DJ 13.08.2007. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=655884&sReg=200400513050&sData=20070813&formato=PDF> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 270.912- RJ.* Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler. Data do Julgamento 02.12.1999, Publicado em DJ 13.12.1999. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=%22solu%E7%E3o+vi%E1ria%22&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=1#DOC1> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 690.625 - RJ.* Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi. Data do Julgamento 26.07.2005, Publicado em DJ 09.08.2005. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/deciso/es/monocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=1918063&formato=PDF>> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 902.810 - DF.* Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi. Data do Julgamento 05.07.2007, Publicado em DJ 03.08.2007. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/deciso/es/monocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=3238058&formato=PDF>> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n.º 888.279 - PR. Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento 17.12.2008, Publicado em DJ 03.02.2009. Disponível em:*
 <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=4562683&formato=PDF>> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 827.524 - RJ. Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Data do Julgamento 04.07.2007, Publicado em DJ 14.08.2007. Disponível em:*
 <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=3236346&formato=PDF>> Acesso em 07 mai. 2009.

_____. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 744.979 - RJ Min. Rel. João Otávio de Noronha. Data do Julgamento 25.08.2009. Publicação DJ 04.09.2009. Disponível em:*
 <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/frame.asp?url=/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=6083977&formato=PDF>> Acesso em 10 set. 2009.

_____. *Tribunal de Contas da União. Processo n.º 015.938/2005-4. Min. Ubiratan Aguiar. Data do Julgamento: 20.02.2008. Publicação em DOU 22.02.2008. Disponível em:*
 <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=2&dpp=20&p=0>> Acesso em 18 jun. 2009.

CANADÁ. *Federal Court of Appeal. Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 F.C. 22. Disponível em:
 <<http://www.canlii.org/en/ca/fca/doc/1997/1997canlii6378/1997canlii6378.html>> Acesso em 14 ago. 2009.

ESTADOS UNIDOS. *Supreme Court. Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* Supreme Court of the United States. 499 U.S. 340 (1991). Disponível em:
 <http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/499_US_340.htm> Acesso em 16 nov. 2008.

_____. *Supreme Court. Trademark Cases*, 100 U.S. 82 (1879). Disponível em:
 <<http://supreme.justia.com/us/100/82/case.html>> Acesso em 17 nov. 2008.

_____. *Supreme Court. Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/111/53/case.html>> Acesso em 17 nov. 2008.

_____. *Supreme Court. Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/188/239/case.html>> Acesso em 17 nov. 2008.

REINO UNIDO. *Supreme Court of Judicature - Court of Appeal. Exxon Corporation v Exxon Insurance Consultants International Ltd* [1982] Ch 199.

RIO DE JANEIRO (Estado). *Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 2002.001.29818. Décima Câmara Cível, Des. Rel. Gerson Arraes. Data do Julgamento 09.03.2004. Publicação 16.03.2004. Disponível em:*

<<http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000324B956AB57709484F277C0AC2D408A9CA713C3161A2D>> Acesso em 10 set. 2009.

10. DECISÕES ADMINISTRATIVAS

BRASIL. *Conselho Nacional de Direito Autoral. Deliberação n.º 23/83*. 1ª Câmara, Cons. Manoel Joaquim Pereira dos Santos. Data do Julgamento 08.04.1983. Publicação D.O.U. 03.05.83. In CONSELHO NACIONAL DE DIREITO AUTORAL. *Deliberações de 1982-1983*. Brasília: CNDA, 1984. p. 271-273.

_____. *Conselho Nacional de Direito Autoral. Deliberação n.º 38/83*. 1ª Câmara, Cons. Manoel Joaquim Pereira dos Santos. Data do Julgamento 10.08.1983. Publicação D.O.U. 18.08.83. In CONSELHO NACIONAL DE DIREITO AUTORAL. *Deliberações de 1982-1983*. Brasília: CNDA, 1984. p. 310-313.