

Da criação de padrões técnicos e da eventual proteção de sua expressão

Denis Borges Barbosa (abril de 2014)

<i>Das criações de padrões técnicos e de sua expressão</i>	3
Da criação coletiva de padrões técnicos, e normas técnicas	3
Elaboração coletiva de um texto literário de cunho técnico.....	5
O ato de compilar e organizar como distinto do de ter a tecnologia	6
Quem informa ideias e tecnologias não é necessariamente autor de texto.....	11
A caracterização do texto como expressivo.....	13
A forma literária desse tipo de obras técnicas.....	14
A estreita e limitada proteção da literatura técnica	15
O engano de que direito autoral protege tecnologia.....	16
Da efetiva utilização do direito autoral na proteção desses textos técnicos	18
Da impossibilidade da proteção autoral das normas jurídicas e atos oficiais 21	
<i>Do precedente judicial pertinente</i>	23

Em texto anterior¹, tive ocasião de propor que, respeitados os requisitos gerais de proteção através do direito autoral, textos técnicos, doutrinários, e em geral não estéticos – inclusive este que o leitor agora percorre – merecem a tutela do direito exclusivo pertinente. Não seria essa exatamente uma revelação que transformasse a humanidade: nossos primeiros escritos protegidos pelo direito autoral foram exatamente os jurídicos.

Mas há textos cuja proteção suscita animosidade. Proteger bulas de remédio? Isso será má política pública! E apresso-me em concordar: é errôneo usar a proteção de bulas para excluir ou dificultar a entrada de remédios genéricos no mercado.

Na verdade, é uma contradição inexplicável que se contenha o uso de marcas perante uma patente caída em domínio público, para evitar que o sistema de signos distintivos prolongue a fidelização da clientela obtida durante a vigência do privilégio, mas permitir que um efeito comparável decorra do uso do direito autoral.

Mas, para excluir esse efeito perverso, é preciso *alterar a lei*. Pois, ainda que seja pouquíssimo provável que qualquer bula atinja o mínimo de originalidade que lhe valha proteção exclusiva, em abstrato não há vedação de que *qualquer* escrito, ainda que falando de assuntos técnicos, ou de resto doutrinários, possa satisfazer tais requisitos. A lei autoral não exclui matéria técnica, mas

¹ BARBOSA, Denis Borges, Os requisitos da forma livre e da originalidade na proteção de textos técnicos e científicos, in *Direito Autoral*, Lumen Juris, 2013, p. 321-338.

exclui matéria desprovida de novidade e originalidade – seja um soneto, uma bula, ou um artigo jurídico sobre sonetos e bulas.

Qual é a postura que, ao que entendo, se deve perante o problema de obras cuja proteção pelo direito autoral ofenda a política pública? Se assim o permitir a Constituição, tais obras devem ser formalmente proibidas pelo texto de lei.

Assim é que, tendo descrito em texto doutrinário que bulas são, sim, em abstrato, suscetíveis de proteção autoral, cumpru-me informar o Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual² de que essa proteção – que existe – não deveria existir³. Aparentemente algum eco teria tal comunicação.

Com efeito, compilando as últimas versões do projeto do Ministério da Cultura de reforma da lei autoral, encontramos lá entre as proibições explícitas de proteção autoral, o seguinte:

IX — as instruções de uso e as informações sobre a composição de produtos químicos, sejam eles manufaturados ou industrializados; e as bulas de medicamentos para orientação de pacientes e profissionais de saúde, tanto as padronizadas, como as que delas se derivam.

Nosso tema aqui é o da proteção de normas técnicas. Não vou questionar neste texto a conveniência e oportunidade de manter tal proteção, em face da política pública nacional; outros já o fizeram, e com muito vigor. Já tivemos oportunidade, de outro lado, de expor as razões pelas quais uma proteção por direitos exclusivos seria aconselhável para tal tipo de criações técnicas⁴.

Doutrina igualmente vigorosa tem enfatizado a não proteção de tais normas pelo direito de autor vigente⁵. Com os autores citados, alguns dos quais serão os de minha maior estima, concordo que elas não deveriam ser protegidas, *pelo sistema de direito autoral*. Assim é que concordo com a *outra* inclusão no projeto de lei autoral:

VIII - as normas técnicas em si mesmas, ressalvada a sua proteção em legislação específica;

² Sobre o órgão, vide PORTO, Patrícia C.R. e BARBOSA, Denis Borges . O GIPI e a Governança da Propriedade. Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior, v. 29, p. 19-26, 2013.

³ BARBOSA, Denis Borges (2011), Uso de direitos autorais para contrapor-se aos genéricos, encontrado em

http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uso_direitos_autorais.htm

⁴ Vide nossa apresentação no Seminário de Proteção das Normas e Padrões Técnicos, Brasília, 25 de junho de 2008, em http://www.abnt.org.br/IMAGENS/IMPrensa/APRESENTACOES/seminarioprotecaoorma_denis.PDF, visitado em 1/9/2014.

⁵ GRAU-KUNTZ, Karin, Comentário: Normas Técnicas e Direito de Autom. 8 (2013): Revista Eletrônica do IBPI - Revel, SILVEIRA, Newton, O que uma norma técnica não é, Target Editora, 2014. CRIVELLI, Ivana Córdova Galdino, Direito de autor: exceções, com ênfase em normas técnicas, Dissertação - Mestrado, Faculdade de Direito da Usp São Paulo, 2012, em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25062013-084758/publico/VERSAO_CORRIGIDA_Ivana_Co_Galdino_Crivelli.pdf, visitado 1/9/2014.

No entanto, pelas razões que adiante exponho, não me é dado transformar meu desejo do *dever ser* com a constatação do que *é*.

Das criações de padrões técnicos e de sua expressão

Num fenômeno muito típico de *economias de redes*⁶, mas nem de longe limitado a esse segmento da indústria, é frequente hoje que agentes econômicos distintos se reúnam para criar padrões tecnológicos comuns, que em certos casos possibilitam a criação de *novos mercados*⁷.

Assim, por exemplo, estabelecem-se entre múltiplas empresas, em diferentes fases do sistema de produção e circulação, condições para que produtos e serviços se integrem e complementem nos chamados *padrões de interoperabilidade*⁸: assim ocorreu no DVDs, nos sistema de celulares, e em inúmeros outros casos⁹.

Num DVD, ou num celular, o fato de que haja múltiplos aparelhos que executem o padrão, e que haja portabilidade e ubiquidade das soluções técnicas, pode aumentar a utilidade de tal bem para cada usuário. A criação de padrões de compatibilidade propicia esse ambiente.

Da criação coletiva de padrões técnicos, e normas técnicas

Falamos aqui, sem engano, de um instrumento de tecnologia, que tem sido objeto de algum estudo jurídico no capítulo da normalização técnica¹⁰. Como diz Fabíola Zibetti¹¹:

6 São redes (network), para efeitos dessa noção, os contextos em que a utilidade que um utilizador deriva de consumo do bem aumenta com o número de outros consumidores do mesmo bem, conforme KATZ, Michael L.; e SHAPIRO, Carl: Network Externalities, Competition, and Compatibility, The American Economic Review, Vol. 75, No. 3. (Jun., 1985), pp. 424-440. Como nota PARK, p. 9: “por exemplo, o valor de estar conectado a uma rede telefônica aumenta na proporção direta em que o número de participantes da rede cresce, eis que cada participante adicional cria efeitos positivos de rede para todos demais participantes”.

7 Vide, especialmente, (a) National Research Council. Patent Challenges for Standard-Setting in the Global Economy: Lessons from Information and Communication Technology. Washington, DC: The National Academies Press, 2013; e (b) PARK, Jae Hun, Patents and Industry Standards, Edward Elgar, 2010.

8 "(...) so-called "interoperability standards" enable products and services offered by different vendors to work together invisibly to the consumer (e.g., WiFi, USB, and the pervasive 3G and 4G telecommunications standards). CONTRERAS, Jorge L., SO THAT'S WHAT "RAND" MEANS?: A Brief Report on the Findings of Fact and Conclusions of Law in Microsoft v. Motorola. Apr 27, 2013. <http://patentlyo.com/patent/2013/so-thats-what-rand-means-a-brief-report-on-the-findings-of-fact-and-conclusions-of-law-in-microsoft-v-motorola.html>.

9 Vide PARK, p. 1, definindo o mercado de rede: neles os consumidores adquirem não um produto singular, mas um sistema, que é composto de vários produtos compatíveis.

10 Da complexa nomenclatura para designar o fenômeno que descrevemos, optamos neste estudo adotar a expressão “padrão” para traduzir a voz inglesa standard, como um genérico do qual “norma técnica”, “especificações técnicas”, “códigos de prática”, “regulamentos técnicos” (que são as normas impostas coativamente por uma autoridade), etc., são espécies; o padrão seria o documento aprovado por organismo reconhecido, gerado por consenso, baseado em regras reconhecidas de tecnologia, e disponível ao público (ZIBETTI). PARK, porém, p. 8, nota que não é menos padrão o implantado por um só agente econômico,

(...) ao buscar promover o uso de tecnologias de elevada qualidade e eficiência e ambientalmente amigáveis, a normalização é considerada um instrumento fundamental para combater muitos desafios colocados à sociedade global e promover a inovação, a transferência de tecnologia e o desenvolvimento sustentável das nações. Ademais, com o crescente grau de interdependência econômica mundial, a relevância da normalização técnica para o comércio internacional também aumentou consideravelmente. Por estimular a adoção de padrões tecnológicos comuns nos diversos países, constitui um grande facilitador do fluxo internacional de bens, serviços, investimentos e tecnologias.

Ainda que se possam claramente distinguir os *regulamentos técnicos*, normas tornadas *obrigatórias* pela autoridade pública (no caso brasileiro, o INMETRO e os demais órgãos do seu sistema¹²) e as demais, aquelas eleitas pelos agentes econômicos como instrumento de cooperação, em ambos os casos há uma elaboração coletiva e que visa o *consenso*, resultando num corpo normativo transindividual.

Distingamos, com a mesma autora, os diferentes tipos desses textos literários de cunho técnico:

Uma característica atribuída à norma técnica é que consista em um documento normativo escrito, o que corresponde a qualquer meio que contenha informação registrada, no qual se estabeleçam regras, diretrizes ou características para atividades ou seus resultados. Em matéria de normalização, entretanto, a expressão genérica “documento normativo” pode se referir não apenas a normas, mas também a especificações técnicas, códigos de prática e regulamentos.

As especificações técnicas são documentos que estipulam requisitos a serem atendidos por um produto, processo ou serviço, indicando, quando necessário e conveniente, os procedimentos por meio dos quais será possível determinar se os requisitos nela estabelecidos são atendidos. Observa-se que uma especificação técnica pode consistir em uma norma, ser parte de uma norma ou existir independentemente dela.

No caso dos códigos de prática, eles são documentos que recomendam práticas ou procedimentos para o projeto, a produção, a instalação, a manutenção ou a utilização de equipamentos, estruturas ou produtos, por exemplo. Um código de prática também pode ser uma norma, parte dela

mesmo fora de SSOs, oferecendo como definição de padrão “o conjunto de especificações técnicas ao qual se vincula um produtor, seja tacitamente, seja como resultado de um acordo formal”.

11 ZIBETTI, Fabíola Wüst, Relação entre normalização técnica e propriedade intelectual no ordenamento jurídico do comércio internacional. Tese apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção de título de Doutor em Direito, 2012..

12 Vide uma análise do sistema brasileiro de metrologia e qualidade industrial em BARBOSA, Denis Borges, Intellectual Property and Standards in Brazil, A study prepared on support of the “American Academy of Sciences” study on IP Management and Standard-Setting Processes, encontrado em http://sites.nationalacademies.org/xpeditio/groups/pgasite/documents/webpage/pga_072297.pdf, visitado em 29/3/2014.

ou existir de forma independente. São exemplos de códigos de boas práticas as normas do Codex Alimentarius.

Quanto aos regulamentos técnicos, segundo o Guia 2:2004, eles são definidos como documentos que contêm regras de caráter obrigatório, adotados por uma autoridade, que estabelece requisitos técnicos, de modo direto ou pela referência ou incorporação do conteúdo de uma norma, de uma especificação técnica ou de um código de prática. Um regulamento técnico pode ser complementado por diretrizes técnicas, que estabeleçam meios para obtenção da conformidade com seus requisitos.

De acordo com essa definição, portanto, um dos aspectos que caracteriza um regulamento é sua adoção por uma autoridade regulamentadora. Outro aspecto consiste no fato de que os regulamentos se impõem com um caráter de obrigatoriedade absoluta, diferentemente do que sucede com as normas, que são voluntárias¹³.

Assim, há imensas distinções entre os vários documentos elaborados, sendo a mais importante aquela que distingue os documentos cujo emprego é *voluntário*, daqueles cujo emprego é *obrigatório*. Estes são os *adotados* pelo poder público e feitos coativos como elementos do poder estatal¹⁴. Esses últimos dividem com as demais instrumentos da legislação metrológica a natureza de *Atos Oficiais*.

Elaboração coletiva de um texto literário de cunho técnico

Essas atividades *voluntárias* e coletivas, na prática internacional, se fazem em organismos específicos, públicos ou privados, mais frequentemente tendo essa última característica. São elas organizações de criação de padrões técnicos, aqui designados como *Organizações* (ou SSO, para pacificar-nos com a nomenclatura internacional). Exemplo nacional delas é a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Mais uma vez, Zibetti:

Esses organismos não se confundem com a autoridade regulamentadora, que é responsável pela elaboração ou adoção de regulamentos, e a autoridade executora, responsável por fazer cumprir os regulamentos. A autoridade executora pode ser, ou não, autoridade regulamentadora. Consistem ambas em organismos que devem ter poderes legalmente conferidos para o exercício de tais atividades. As autoridades também podem ter abrangência regional, nacional ou local.

Para a elaboração de suas normas, as Organizações SSO solicitam a colaboração de seus associados, que enviam prepostos, para em longas discussões, se chegar a um *consenso técnico*.

¹³ ZIBETTI, cit., p. 67.

¹⁴ Essa compulsoriedade se faz através da Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973.

Os processos de elaboração e adoção de normas variam de um organismo a outro.

Em geral, as normas são criadas a partir da intervenção de uma diversidade de partes interessadas que compartilham interesses em relação a seu estabelecimento e uso em determinada área. Pode uma parte interessada apresentar um pedido a um organismo de normalização, quando considerar que uma nova norma técnica seja necessária. Se o pedido for aceito, forma-se um comitê técnico encarregado de preparar o projeto, de elaborar e adotar a norma. Esses comitês, comumente, são compostos por especialistas técnicos que participam voluntariamente, contribuindo para o processo de normalização, além de outras partes interessadas.

Dessa forma, o consenso corresponde ao acordo geral alcançado por todas as partes interessadas que participam do processo de normalização. Ele se caracteriza pela ausência de oposição fundamentada sobre aspectos significativos por qualquer parte importante dos interesses envolvidos. O processo deve, portanto, buscar levar em consideração “as posições de todas as partes interessadas e a conciliação das opiniões conflitantes”. Observa-se, assim, que o consenso não implica, necessariamente, unanimidade¹⁵.

Esse consenso é de *ideias*, conhecimentos técnicos, experiências tácitas, e assim por diante. **Esses que discutem ideias não são autores da norma.**

Com efeito, há uma enorme diferença entre aqueles que formulam ideias e conhecimentos, e aqueles que *transformam a ideia em forma*. É autor que toma ideia própria ou alheia (pois, como vimos, a ideia não é protegida) e *dá forma* às ideias e conhecimentos.

O ato de compilar e organizar como distinto do de ter a tecnologia

O que fazem as Organizações (OSS) com a massa de informações que os muitos técnicos e agentes de mercado sugerem e informam?

Compilam e organizam. Já se demonstrou, fartamente, que se entende poder haver *originalidade*, e daí proteção, na compilação de dados, fatos e ideias. Mesmo a escolha e organização de dados *de domínio público* permite a proteção autoral, pois é na criação que consiste na escolha e organização que se encontra a matéria protegida.

Aliás, escolha, sequencia e organização é a chave para a criação original, mesmo no campo da ficção:

“Evidente que o profissional do direito trabalha com a palavra e que esta já existe, ou seja, não se cria, na maioria das vezes, nova nomenclatura,

¹⁵ Zibetti, cit. P. 69.

contudo, a organização desta nas frases e parágrafos é atribuída à concepção autoral de cada um, pois qualquer um poderia ter escrito um romance de Machado de Assis. Não obstante isso, as palavras utilizadas por aquele reconhecido autor nacional em sua obra já existiam na língua portuguesa, não fosse o fato de a forma, organização e sequência de frases, parágrafos e capítulos terem sido ordenados, de maneira invulgar, por aquele afamado escritor."

TJRS, AC 70054562244 (Nº CNJ: 0180851-73.2013.8.21.7000, Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 11 de setembro de 2013.

Aliás, cabe lembrar que o art. 7º, XIII da LDA menciona que, nas compilações, o conteúdo é composto algumas vezes por material em domínio público; neste caso, o § 2º especifica que a proteção não se estende aos dados e materiais em si mesmos contidos nas obras (compilações):

“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”.

E assim é consagrado pelos precedentes:

TJSP - Ap 102.770-1 - 1.ª Câmara - j. 6/12/1988 - rel. Luiz Carlos de Azevedo – Revista dos Tribunais | vol. 639 | p. 56 | Jan / 1989 | JRP\1989\108

DIREITO AUTORAL - Violação - Reprodução desautorizada de trechos de obra literária - Contos do folclore compilados e adaptados por pesquisador - Obra concluída e publicada que merece proteção, ainda que não possam tais contos ser propriedade exclusiva de alguém - Desrespeito à integridade do texto original, sem citação correta da fonte - Indenização devida - Impossibilidade de participação no lucro obtido com a venda das publicações viciosas.

Desta maneira, já Pouillet, em 1894, afirmava a dignidade de proteção das compilações, mesmo de dados fáticos:

Na linha de frente das compilações, é natural que se citem os catálogos, guias e dicionários. Ninguém dúvida que essas obras são protegidas por lei; a ordenação das matérias em um catálogo ou um guia, a descrição mais ou menos engenhosa e inteligente dos objetos inseridos no catálogo, dos lugares do guia por onde passou o viajante – tudo isso é essencialmente uma obra do espírito. Quanto aos dicionários, quem sonharia em negar-lhes a individualidade? Se todas as palavras são tiradas a partir da linguagem, a definição delas, os exemplos que fazem compreender-lhes o significado, até mesmo a escolha das palavras que se acolhem no

dicionário, são todas essas razões imperiosas para não negar ao autor a proteção da lei.¹⁶

Assim, é na escolha dos dados e fatos, e na organização lógica, interessante e didática deles, que se verifica a originalidade que protege um texto técnico.

Como lembrava Hermano Duval¹⁷, mesmo se uma compilação reúne apenas material de domínio público, uma segunda compilação, que siga a mesma *escolha, sequencia e organização* viola a primeira – pois o que é protegido é exatamente o ato criativo compilador, e não o compilado:

"nas compilações, antologias, condensações, resumos, seleções etc. a originalidade, p. ex., da compilação se revela através da escolha e da ordem de disposição do material compilado, de sorte que, se a segunda compilação - tal como na tradução calcada em tradução anterior ou tradução de tradução- repetir a mesma ordem e seleção da primeira haverá plágio - não obstante o material compilado ser o mesmo".

Voltemos a Délia Lipszycik, num trecho particularmente importante¹⁸:

Al referirnos al requisito de la originalidad como condición necesaria para la protección del derecho de autor, señalamos que aquella no puede apreciarse de la misma manera en las obras científicas o técnicas que en las obras literarias de ficción. Esto se debe a que, en las obras científicas, el autor se encuentra condicionado en gran medida por los principios de la materia, por la cronología, por los caracteres de identidad necesaria, por esquemas que no varían por tratarse de lugares comunes o de cuestiones sobre las que no existe disenso. En su elaboración el autor confronta distintas fuentes doctrinales -muchas de ellas pueden considerarse como bibliografía obligada- en las que se nutre y de las que se deriva una contribución mayúscula para la nueva obra.

La originalidad, la impronta de la personalidad del autor, se encontrará pues, no tanto en la composición, como ocurre en las obras de ficción y en las dramáticas en las cuales, en términos generales, el autor puede combinar los hechos según su albedrío, sino en la selección de los elementos, en los detalles y en la forma de la expresión.

¹⁶ « 24. Quid des dictionnaires, guides, catalogues? - Au premier rang des compilations, il est naturel de ranger les catalogues, les guides, les dictionnaires. Nul doute que ces ouvrages ne soient protégés par la loi; l'ordre des matières dans un catalogue ou dans un guide, la description plus ou moins ingénieuse et savante des objets inséré au catalogue, des lieux dans lesquelles le guide promène le voyageur constituent essentiellement un travail de l'esprit. Quant aux dictionnaires, qui songerait à en nier l'individualité? Si tous les mots sont puisés dans la langue, leur définition, les exemples qui en font saisir le sens, la façon de classer leurs différentes significations, le choix même des mots auxquels il convient de donner ainsi droit de cité, sont autant de raisons impérieuses pour ne pas marchander à l'auteur d'un dictionnaire la protection de la loi. »
POUILLET, E. *Traité Théorique et Pratique de la Propriété Littéraire et Artistique et du Droit de Représentation*, 2e éd. Paris: Marchal et Billard, 1894. pp. 44-46

¹⁷ DUVAL, Hermano, *Violações de direitos autorais*, Editora Borsoi, 1968p. 105.

¹⁸ LIPSZYC, D. *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ediciones Unesco/ Cerlalc/Zavalía, 1993. pp. 87-89.

Delia toma um exemplo particularmente interessante, que é dos mapas:

El ejemplo de los mapas es muy ilustrativo. Su calidad está en relación directa con su aptitud para representar la tierra (atlas), una parte de ella, la bóveda celeste, etc. Pueden ser físicos, políticos, económicos, demográficos, orográficos, hidrográficos, meteorológicos, etcétera.

¿Dónde reside la originalidad de los mapas si se limitan a representar aspectos de la realidad que son del dominio público? Está en el esfuerzo personal que demanda el conjunto de la obra: la selección de las facetas de la realidad que se vuelcan; el sistema de representación de un cuerpo tridimensional sobre una superficie plana y la escala; los aspectos que abarca (si se consignan las divisiones políticas, las ciudades y cuáles de ellas, pues su importancia puede estar en función de factores diversos: población, producción, o bien por ser sede administrativa; los accidentes geográficos y cuáles; la producción agrícola e industrial y su distribución; etc., etc.); si se utilizan palabras, ilustraciones o ambas; si se acompañan con cifras; los colores y el tipo de letra empleados para remarcar cada aspecto; si los nombres propios se escriben en el idioma del país a que correspondan o en el del autor y, si en ese territorio se utiliza otro alfabeto, en la grafía adoptada si existen varias posibilidades, etc., etc. Finalmente, el mapa debe resultar claro, es decir que la cantidad de detalles incluidos no debe impedir su lectura. Por tanto, y dada la imposibilidad material de asentar todos los datos de la realidad, el mapa será original por la selección y composición de esa multitud de elementos y por su expresión plástica.

É lógico que se a expressão, organização e seleção manifestam *a única forma de expressar os dados, fatos e ideias*, não haverá proteção¹⁹. Como já expusemos, é preciso que possa haver *escolha*, seleção, e organização, ou não há possibilidade de proteção autoral.

Ora, essa escolha, seleção e organização do que se vai escrever, realizado no ato de escrita, é que faz o objeto autoral. Os dados, fatos, e tecnologias, assim, como o elemento político do consenso, tudo isso é *prévio* e não constitui *forma literária*.

Mas o juízo dessa originalidade é sempre caso a caso

O que se tem de repetir e repetir é que o juízo de originalidade não é, nunca, em abstrato. Não faz direito e é, pelo contrário, negativa da lei, que, em

¹⁹ Como expondré más adelante, el problema radica en aquellas obras científicas cuya expresión consiste en la propia idea que constituye su contenido. Es decir, cuando la expresión del contenido de una obra científica no puede ser trasladado al mundo de lo perceptible más que de una sola manera y ésta no es otra que la idea misma. En estos casos, a pesar de que la obra sea científica y haya sido expresada, la concesión de un derecho de autor devendría un monopolio demasiado costoso para el desarrollo humano, pues el reconocimiento de un derecho exclusivo sobre la forma deriva en la monopolización de la idea misma de la que aquélla es expresión. Es a partir de éstas situaciones conflictivas cuando percibimos que, para la protección de una obra, hace falta algo más que la mera expresión de la idea. SAIZ GARCÍA, C. Objeto y Sujeto del Derecho de Autor. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. pp. 67-71.

abstrato, decide que um *gênero* literário é carente de originalidade. Para tal juízo, que é de política pública, existe o art. 8º da LDA. EM todos outros casos, se faz necessário avaliar o texto em si mesmo, e não o gênero:

TJSP - Ap 82.688-1 - 5.ª Câmara - j. 14/5/1987 - rel. Ruy Camilo - Área do Direito: Geral

DIREITO AUTORAL - Contrafação - Inexistência - Reprodução não autorizada de coletâneas de textos legais com índices e remissões - Atividades de pesquisas que não configuram obra intelectual científica ou artística - Não abrangência na tutela legal - Inteligência do art. 7.ª da Lei 5.988/73.

Pesquisas de textos legais seleção de material notas de rodapé com remissões aos textos legais e a elaboração de índices remissivos não configuram engenho ou criatividade de seu compilador pelo que não merecem tutela legal. (...)

Sem embargo do valor do trabalho desenvolvido pelo ilustre Patrono dos apelantes, tem-se que a r. sentença bem resiste às críticas que lhe foram formuladas. O tema controvertido está embasado na correta interpretação do disposto no art. 7, da Lei 5.988/73, que assim dispõe: "Protegem-se como obras intelectuais independentes, sem prejuízo dos direitos dos autores das partes que as constituem, as coletâneas ou as compilações, como seletas, compêndios, antologias, enciclopédias, dicionários, jornais, revistas, coletâneas de textos legais, de despachos, de decisões ou de pareceres administrativos, parlamentares ou judiciais, desde que, pelos critérios de seleção e organização, constituam criação intelectual". Como anota Eduardo Vieira Manso, com o advento da Lei 5.988/73, o Direito brasileiro alinhou-se ao da maioria dos países, excluindo de suas disposições "os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais" (art. 11) para proteger, "como obras intelectuais independentes, coletâneas de textos legais, de despachos, de decisões ou de pareceres administrativos, parlamentares ou judiciais, desde que, pelos critérios de seleção e organização, constituam criação intelectual" (Direito Autoral, p. 98).

Daí observar Carlos Alberto Bittar que prospera a diretriz de que a obra deve identificar mínimo de esforço criativo e apresentar originalidade, além dos requisitos expostos (Direito do Autor na Obra Publicitária, p. 65).

O deslinde da controvérsia está, pois, consubstanciado na indagação se as pesquisas de textos legais, seleção de material, notas de rodapé com remissões aos textos legais pertinentes e a elaboração de índices remissivos constituíram criação intelectual a merecer tutela legal. A resposta será afirmativa se tal mister for a resultante do engenho ou da criatividade do seu compilador. Bem examinadas as coletâneas, que foram acostadas aos autos pelos autores para demonstração da alegada contrafação, chega-se à conclusão inafastável de que, sem demérito ao trabalho desenvolvido, ressentem-se ele do caráter de criação intelectual, ainda que restrito o exame aos critérios de seleção e organização utilizados. Ao contrário do que

sustentam os apelantes, o aresto da E. 1.^a Câmara do 1.^o Tribunal de Alçada Civil relatado pelo ilustre Magistrado Des. Carlos Ortiz tem plena aplicação à espécie, não obstante algumas peculiaridades da lide então objeto do julgamento. Com efeito, deixou expresso aquele julgado que "compilar ou coletar textos de leis, arrumando-os com índices e remissões em rodapés, ainda que constitua prestação que exige gabarito técnico e trabalho exaustivo de pesquisa, não chega a constituir criação intelectual científica e muito menos artística ou literária. Bem examinadas as obras postas em confronto, verifica-se que as remissões e notas ali inseridas refletem pura e simplesmente trabalho de pesquisa, não revelando qualquer aspecto criativo ou original de seus organizadores. São, em verdade, mera ordenação da legislação vigente, com notas e remissões referentes a outros textos legais, não traduzindo trabalho inventivo ou criativo, a merecer tutela legal". Daí por que nega-se provimento ao recurso.

Quem informa ideias e tecnologias não é necessariamente autor de texto

Pois quem sabe e detém o conhecimento não é necessariamente o autor do texto que o comunica, informa, ou deleita. O ato de compilar, sistematizar e dar forma literária é diverso do de aportar e consensuar tecnologia, e a tecnologia aportada e compactuada não é, nunca será, objeto do direito autoral. Assim dissemos em análise do papel do orientador das teses jurídicas²⁰:

O primeiro ponto a considerar na relação orientador/orientado é a natureza do aporte da colaboração; conselhos, orientações, sugestões, não constituem autoria. Inspirações, estímulos, ensinamentos, nada disso compõe o conceito jurídico de autor²¹. Disse Antonio Chaves²²

Para que a cooperação dê a qualidade de autor é necessário, acentua-se, que ela tenha certa importância e dignidade intelectual, não sendo reputado coautor quem somente contribuiu com conselhos para a formação da obra, nem o artífice que sob a direção do escultor deu a um bloco de mármore, de onde surgirá uma estátua, o primeiro desbaste.

Também nesse passo, citando Manoel Joaquim Pereira dos Santos²³:

No caso *Whelan v. Jaslow*²⁴, o tribunal norte-americano examinou uma questão bastante interessante a respeito de coautoria, mas diretamente

²⁰ BARBOSA, Denis Borges. O orientador é coautor?. Revista da Associação Brasileira de Direito Autoral, Rio de Janeiro, v. 1o., 2004.

²¹ BRASIL. Lei 9.610/98. Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Art. 15. (...) § 1º Não se considera coautor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio.

²² CHAVES, ANTONIO. Criador de Obra Intelectual, ed. LTr, 1995.

²³ SANTOS. Manoel Joaquim Pereira dos. Op. cit.

relacionada com a problemática do âmbito de proteção autoral. O juiz entendeu que, embora o réu tenha fornecido ao autor considerável orientação e informações a respeito do que o sistema deveria fazer, ele não poderia ser considerado coautor²⁵. Isto significa que definir a funcionalidade do programa não é parte da autoria do programa. Do contrário, estar-se-ia reconhecendo um direito sobre a funcionalidade ou sobre conceitos, o que não é possível.

No mesmo sentido foram as decisões proferidas nos casos *S.O.S. v. Paydat*²⁶ e *Ashton-Tate v. Ross*²⁷. Em ambas as hipóteses, o tribunal norte-americano se baseou no conceito de que as contribuições dos supostos “coautores” refletiam elementos não protegíveis pelo Direito de Autor: funcionalidades e processos.

Ou seja, se se reconhecesse aos prepostos e tarimbeiros dos associados das OSS o estatuto de autores, estaríamos garantindo às ideias, procedimentos técnicos, etc., o estatuto de objeto protegido, o que o art. 8º da LDA nega.

Quem é autor não é o sábio ou o engenheiro que informa e aconselha; é autor exclusivamente aquele que *dá forma ao texto*, escolhendo a melhor e mais eficiente forma de redigir:

Mas, a meu ver, o aspecto crucial e determinante de quem é autor, e quem não o é, embora participe no processo, é o *poder de escolha dos meios de expressão*. (...)

Da imagem romântica, do criador só, marginal e independente, a noção de *liberdade* tem o estofado jurídico mais pregnante. Em primeiro lugar, a noção constitucional de direito de autor (por oposição ao direito à obra, que

24 [Nota do Original] *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.*, 609 F. Supp. 1307, motion granted in part, motion denied in part, 609 F.Supp. 1325 (E.D. Pa. 1985), *aff'd*, 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986), cert. denied, 479 U.S. 1031 (1987).

25 [Nota do Original] “*Rand Jaslow’s claim of co-authorship stems from his claim that he originated the concept of developing an overall computer program that could accommodate the business needs of a dental laboratory, that he disclosed to Elaine Whelan in detail the operations and methods of Jaslow Laboratory in conducting its business, that he explained to Elaine Whelan the functions to be performed by the computer and helped design the language and format of some of the screens that would appear on the computer’s visual displays.... [I]t was nevertheless Strohl Systems through Elaine Whelan alone that was the author of the source and object codes and the designer of the system.... [Rand Jaslow’s activities were] similar to an owner explaining to an architect the type and functions of a building the architect is to design for the owner. The architectural drawings are not co-authored by the owner, no matter how detailed the ideas and limitations expressed by the owner*”. (*id.* at p. 1318-19, *apud* Lundberg, Sumner & Gates III, *Identifying Uncopyrightable Computer Implemented Processes and Systems*, p. 10/11).

26 [Nota do Original] *S.O.S., Inc. v. Paydat, Inc.*, 886 F. 2d 1081 (9th. Cir. 1989). “...[a] person who merely describes... what the commissioned work should do or look like is not a joint author for purposes of the Copyright Act” (*id.* at 1087, *apud* Lundberg, Sumner & Gates III, *op.cit.*, p. 11).

27 [Nota do Original] 728 F.Supp. 597 (N.D. Cal. 1989), *aff'd*, 916 F.2d 516 (9th. Cir. 1990). “All Ross gave to Wigginton was a list of commands he thought should be included in the program. Ross did not contribute in any manner, including the drafting of the source code, in the implementation of his suggested commands. Ross merely told Wigginton what tasks he believed the interface should allow the user to perform. This list of commands is only an idea that is not protected under federal law” (*Id.*, at 602, *apud* Lundberg, Sumner & Gates III, *op.cit.*, p. 11).

resulta da lei ordinária), se radica na *liberdade de expressão* ²⁸. E a jurisprudência e doutrina têm sancionado esse entendimento. (...)

Assim, pode-se entender que é autor aquele que *exerce a liberdade de escolha entre alternativas de expressão*. O exercício dessa liberdade não só configura a criação, mas indica seu originador ²⁹.

Em face de certas obras, em que se permite a interatividade, o poder de escolha se define como o da *expressão formativa*, e não da escolha no momento do uso. A expressão daquele que origina, e não daquele que usa a obra.

E como lembrou há pouco o STJ:

"Conforme se percebe, após detida análise das provas carreadas, o acórdão recorrido chegou à conclusão de que não houve a produção de espírito para fins de recebimento da proteção autoral, principalmente porque o recorrente se valera de ato mecânico de transposição de informações, sendo essas de uso comum, acabando por constituir-se em descrição servil da realidade." STJ, REsp 1.322.325 - DF (2011/0026518-1), Quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, Min. Luis Felipe Salomão, 18 de fevereiro de 2014.

A caracterização do texto como expressivo

Para que se escreve esse texto? Para *informar ao público* (obra literária de cunho técnico) da tecnologia consensuada (ideia ou procedimento normativo não textual).

Sempre Zibetti:

Uma característica que decorre da própria natureza do documento normativo diz respeito à disponibilidade ao público da norma. Esse atributo coloca como imperativo que a norma esteja disponível ao público para sua aplicação.

Na prática, entretanto, o entendimento da maioria dos organismos de normalização é que “estar disponível ao público” não significa que o acesso à norma técnica seja incondicionado ou, mesmo, gratuito. Segundo

28 JESSEN, Henry. A observação é de Hector Della Costa, Sujeto y Objeto del Derecho de Autor, apud Antonio Chaves, op. Cit., p. 85.

29 A liberdade aqui é de escolha dos meios de expressão e não do objeto da expressão. Lembram Lucas e Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, Litec, 1994, p. 67 : « L'œuvre de l'esprit peut-elle se limiter à un choix ? L'article L. 112-3 CPI (L. 1957, art. 4) incline à répondre par l'affirmative en accordant le bénéfice du droit d'auteur aux "auteurs d'anthologies ou recueils d'œuvres diverses qui, par le choix et la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles". On observera toutefois que, dans une interprétation littérale, le choix ne suffit pas ici à fonder la protection puisque l'activité créative doit également se manifester dans la "disposition des matières". De manière générale, l'originalité de l'œuvre se révélera parfois dans les choix effectués par l'auteur, par exemple dans le domaine de la photographie, mais il n'est pas possible d'admettre que le seul choix constitue une œuvre. On ne saurait donc en principe accorder protection à des objets trouvés (ready-mades) revendiqués par leur "inventeur" en tant qu'œuvres d'art.

organizações internacionais, como a ISO, as normas devem estar disponíveis para serem consultadas e compradas sem restrições³⁰.

Assim, se o elemento técnico consensuado é ideia, ou tecnologia, o texto construído para *dar conhecimento ao público* é texto literário³¹.

A forma literária desse tipo de obras técnicas

O texto pelo qual se expressam padrões técnicos tende a ser claro, breve e seco. Não se imagine que nisso não haja *forma literária*.

O que recém dissemos das bulas aplica-se à perfeição a tal literatura:

À luz do texto regulamentar pertinente, a bula expressa:

(...) as informações relativas a um medicamento devem orientar o paciente e o profissional de saúde, favorecendo o uso racional de medicamentos, as bulas devem ser elaboradas com alto padrão de qualidade, com informações imparciais e fundamentadas cientificamente, mesmo quando estiverem dispostas em linguagem simplificada; (...)

Reflete-se aí uma demanda de alta qualidade textual, tanto no teor comunicativo quanto na precisão conceitual.³² A tensão simplicidade/alto padrão de qualidade não será *necessariamente* corriqueira.

Com efeito, a pompa retórica por si só não faz mérito; a clareza é frequentemente resultado de talento. Originalidade não se identifica com complicação³³.

De outro lado, não é só a complexidade, ou elegância textual, que caracteriza o objeto de proteção. Como já visto, o objeto de compilação, a seleção dentre a massa de informações o que é absolutamente relevante, o que enfatizar e o que suprimir, com vistas a alcançar a comunicação e instrução mais eficiente, isso também é, e é especialmente, objeto de proteção nos escritos de cunho técnico.

Numa obra jurídica dedicada ao plágio acadêmico³⁴, notam autores franceses:

³⁰ ZIBETTI, cit., p. 71.

³¹ Entre outros modos. Entre o que *não é texto de literatura técnica*, podem-se ter desenhos, informações de bases de dados, etc., que podem, ou não, serem sujeitos à proteção autoral.

³² "Selon que notre idée est plus ou moins obscure, L'expression la suit, ou moins nette, ou plus pure. Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement, Et les mots pour le dire arrivent aisément." BOILEAU, Nicolas. op. cit..

³³ Perceba-se que não estamos decretando que em tais textos há originalidade por haver clareza. Originalidade e os demais requisitos da proteção autoral não existem em abstrato, mas também não deixam de existir em abstrato. Só se pode excluir – em abstrato - uma criação do espírito da proteção autoral por vontade explícita da lei, como ato de política pública, e de acordo com a Constituição.

³⁴ Quanto ao tema, vide nosso extenso estudo em *Questões Fundamentais*, cit., p. 643 a 714.

Por exemplo, mesmo uma bibliografia pode ser tida pelo juiz como original, ainda que ela não contenha senão dados brutos. Com efeito, a escolha em si, as referências bibliográficas, a indicação precisa dos capítulos ou páginas específicas selecionadas pelo pesquisador, tudo isso pode ser tomado em consideração como uma criação pessoal. Portanto, a reprodução de uma bibliografia não pode ser justificada com o argumento de que o tratamento de um tema comum implica em referência às mesmas obras. (...)

As noções de escolha e seleção de dados são cruciais para a caracterização da contrafação. Estes são os critérios que permitem reconhecer a originalidade de uma obra, mesmo que ele se baseia, como ocorre com muitos trabalhos acadêmicos, sobre o processamento de dados de citações e ideias, que representa uma coleção trabalhosa de elementos existentes, em vez de uma criação *ex nihilo*. (...)

Estas noções de seleção e classificação se juntam, de fato, à noção de composição, como critérios essenciais para avaliar a originalidade de uma obra.³⁵

A estreita e limitada proteção da literatura técnica

Alguns autores, inclusive de renome, se manifestam contra a proteção que a lei brasileira, e de muitos países, expressa às obras literárias de cunho técnico³⁶. Com o maior respeito a tal opinião, não vemos por que razão criar exceções ou predileções, não previstas em lei, para determinados tipos de obras literárias (contos e novelas) em detrimento de outras (escritos de física, engenharia, ou, aliás, o texto deste parecer que se escreve)³⁷.

³⁵ “Par exemple, même une bibliographie peut être qualifiée d'originale par le juge, alors qu'elle ne comporte que des données brutes. En effet, le choix, en soi, des références bibliographiques, l'indication précise des chapitres ou des pages sélectionnés par le chercheur, peuvent être pris en compte au titre d'une création personnelle. Par conséquent, le fait de reproduire une bibliographie ne peut se justifier sous prétexte que le traitement d'un sujet commun implique la référence aux mêmes ouvrages. (...)

Les notions de choix et de sélection des données sont déterminantes dans la qualification de la contrefaçon. Ce sont des critères qui permettent de faire reconnaître l'originalité d'une œuvre, quand bien même celle-ci s'appuie, comme bon nombre de travaux universitaires, sur le traitement de données, sur des citations et des idées qui sont le fruit d'une collecte laborieuse d'éléments déjà existants, plus que d'une création *ex nihilo*.(...)

Ces notions de sélection et de classement rejoignent, de fait, celle de composition, critère essentiel de l'évaluation de l'originalité d'une œuvre”. GUGLIELMI, G. J.; KOUBI, G. Le Plagiat de la Recherche Scientifique. Paris: LGDJ / Lextenso Éditions, 2012. pp. 58-62

³⁶ Em particular GRAU-KUNTZ, Karin, Normas Técnicas e Direito de Autor Revista Eletrônica do IBPI – Nr. 8 – Comentário, já citado, mas também SILVEIRA, Newton.. As fronteiras da técnica. In: Eliane Yachouh Abrão. (Org.). Propriedade Imaterial - Direitos autorais, propriedade industrial e bens de personalidade. 1ª ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2006, v. , p. 19-24;

³⁷ Entre os textos que, adotando uma perspectiva moderada e funcional, não rejeitam a proteção autoral para os documentos de padronização técnica, vide ZIBETTI, Fabíola Wüst. Propriedade intelectual e standardização no âmbito do comércio. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p.173-202 ZIBETTI, Fabíola Wüst. A relação entre propriedade intelectual e normalização técnica no cenário do comércio internacional. Pontes, v. 5, p. 9 -10, 2009; ZIBETTI, Fabíola Wüst. Comércio e meio ambiente: a propriedade intelectual como um fator para a adoção de normas técnicas internacionais. Amicus Curiae, Vol. 8, n. 8, 2011; ZIBETTI, Fabíola

Como se iniciou dizendo nesta seção, a isonomia republicana não distingue o péssimo texto de Pontes de Miranda do texto não menos sofrível de um engenheiro de produção. São, ambos, textos técnicos.

Os requisitos de proteção são isonômicos, independentemente do gênero: se existe *formas alternativas de proteção*, e não se repete forma já usada (novidade), e desde que haja *originalidade*, mesmo o texto de Pontes de Miranda é e sempre foi protegido. A lei brasileira *não escolhe gênero* para proteger ou negar: não se denega direito autoral à sátira, à ciência ou ao relatório de prefeito.

Ao contrário, como já se demonstrou, a literatura consagra o relatório de prefeitura de Graciliano Ramos como um exemplo de leveza e eficácia literária.

É antirrepublicano e contrário a lei decretar que, abstratamente, *todos* os textos técnicos e doutrinários são desprovidos de novidade ou originalidade. Provavelmente muitos serão; muitos sonetos e contos também estarão na mesma posição; mas até que a lei o determine (com o risco de, nisso, ser inconstitucional), essa censura prévia e em tese não é compatível com os direitos e garantias fundamentais.

O engano de que direito autoral protege tecnologia

Outros autores, frequentemente militantes, mas nem sempre tão familiarizados com o direito autoral, proclamam que a proteção do direito autoral periga restringir o acesso à tecnologia intrínseca nas obras literárias de cunho técnico.

É fato que a proteção autoral impeça a livre cópia, especialmente para fins comerciais, de textos de toda espécie. Assim, há menos cópias do que haveria se todos pudessem se transformar em reprodutores do texto que não produziram.

Mas é imprescindível que se distinga a restrição a cópia de texto, que é o típico efeito da exclusividade autoral, de restrição ao uso da tecnologia constante no texto, que simplesmente não existe.

O mesmo art. 8º da LDA se encarrega de impedir que o direito autoral restrinja o uso livre de todos os conhecimentos e tecnologias expressos nas obras literárias de cunho doutrinário ou técnico. Ninguém está impedido de

Wüst; BRUCH, Kelly Lissandra. The tension inherent to the relationship between intellectual property rights and technical standards: alternatives to standardization organizations in the wine sector. In: 33 World Congress of Vine and Wine Proceedings. Tbilisi, 2010. 33 World Congress of Vine and Wine. 8th General Assembly of the OIV. Tbilisi, 2010. vol. OR.III. Disponível em: <<http://www.oiv2010.ge/>>. Acesso em: 10 jan. 2011. NORDEMANN, Prof. Dr. Jan Bernd, Copyright Protection of Private Standards in Germany, apresentação em 22 de Fevereiro de 2008; SANTOS M.J.P., Parecer à ASTM Internacional, 3 de setembro de 2008 (manuscrito).

usar, citar e julgar empregando a classificação das ações de Pontes de Miranda, seja por transcrição direta do seu texto (pelo *dereito de citação*) seja simplesmente utilizando os procedimentos analíticos e normativos constante da obra jurídica.

E precisamente o mesmo ocorre com quaisquer outras obras técnicas.

Com efeito:

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;

Todas as soluções técnicas, práticas, comerciais, e tudo mais que transcender a simples forma literária está livre e solto, e irreduzível ao texto técnico. Com e sem qualquer manual, listagem, cópia de norma, todos estão absolutamente livres para aplicar toda e qualquer norma técnica sem que o autor do texto, ou a OSS que é titular, possa nem caricatamente impedir o uso da tecnologia.

Assim é que se enfatiza:

"Una obra del ingenio puede contener un conjunto de elementos susceptibles de aplicación práctica o de aprovechamiento industrial, como ocurre, por ejemplo, con los planes financieros, las reglas de un determinado juego, los manuales de uso de un programa de ordenador, las instrucciones para la utilización de un producto químico o los recetarios de cocina.

En tales casos, el autor tendrá el derecho moral de invocar la paternidad de la obra y de exigir el respeto a su integridad, así como el patrimonial de autorizar o prohibir la reproducción o la comunicación pública de la creación, pero no podrá impedir que el adquirente del soporte material que contiene su creación, reproducido con su consentimiento, aplique los planes financieros, se divierta con el juego, aproveche el manual para el mejor uso del programa de computación, utilice los conocimientos adquiridos para el aprovechamiento del producto químico o use las fórmulas culinarias contenidas en el recetario.³⁸."

A não ser, lógico, que a tecnologia seja protegida por uma patente concedida no Brasil, e ainda em vigor. Mas isso é uma questão inteira e antagonicamente diferente. Na verdade, tal distinção enfatiza que – provavelmente – alguma parte da rejeição que certos autores nutrem ao direito autoral sobre obras literárias de cunho técnico é por confusão própria, ou retórica, entre direito autoral e patente.

³⁸ PARILLI, Ricardo Antequera, La Obra como Objecto del Derecho de Autor, Seminários Internacional sobre Direitos de Autor, 1. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1993. P. 43-44 e 48-49.

Note-se, aliás, que não é só a tecnologia que permanece completamente livre, mesmo com a proteção autoral. O mesmo acontece com todos os fatos, inclusive históricos:

"Assim, o âmbito do direito de autor em relatos históricos é estreita, abrangendo, na verdade, não mais do que a expressão original do autor de fatos particulares e teorias já em domínio público".³⁹.

Da efetiva utilização do direito autoral na proteção desses textos técnicos

Nota-se que, seja não excluindo literalmente esses documentos técnicos da proteção autoral, seja em alguns casos, reconhecendo especificamente tal proteção, pode-se claramente distinguir que houve a escolha pelas leis nacionais de reconhecer tal proteção⁴⁰.

Essa é, segundo entendo, a tendência predominante nos vários sistemas nacionais, a não ser quando tais documentos tenham sido adotados e feitos coativos através de regulamentos técnicos baixados pelo Poder Público. Essa exceção será objeto de nossa atenção na próxima seção.

A tendência se reflete, igualmente, na maioria dos precedentes judiciais. Como reporta Zibetti:

Nos Estados Unidos, dois casos confirmaram a proteção das normas pelos direitos de autor. Um deles envolveu a American Medical Association (AMA) e o outro, a American Dental Association (ADA). No primeiro caso, a AMA processou a Practice Management Corporation que havia publicado em um livro de prática médica o seu sistema de códigos para padronização da terminologia de procedimentos médicos,

³⁹ "Accordingly, the scope of copyright in historical accounts is narrow indeed, embracing no more than the author's original expression of particular facts and theories already in the public domain". *Hoehling v. Universal City Studios, Inc.*, 618 F.2d 972 (2d Cir.), cert. denied, 449 U.S. 841 (1980), citado por JOYCE, C.; LEAFFER, M.; JASZI, P.; OCHOA, T. *Copyright Law*, 6th ed. Newark: LexisNexis, 2003. pp. 141-146.

⁴⁰ Zibetti nota, em seu pé de página 354: "A Comissão Europeia reconhece os direitos de autor aos organismos europeus de normalização. Na prática, para evitar os problemas e discussões atinentes aos direitos de autor sobre as normas, as leis e regulamentos, em vez de as incorporarem em seu texto, apenas fazem referência a elas. Na União Europeia, a regra é a remissão às normas, sem sua incorporação na lei ou regulamentos, sem que seja necessária sua publicação nos boletins oficiais. Porém, mesmo nesses casos, há críticas da literatura quanto à manutenção dos direitos de autor sobre as normas técnicas de modo que se tornem mandatórias, mesmo por remissão ou referência em lei ou regulamento (TARRÉS VIVES, 2003, pp. 265 -268). Ver ainda Organización Mundial Del Comercio. Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio. G/TBT/W/320. Comunicación de Israel: Quinto examen trienal del funcionamiento y aplicación del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio. 20 de julio de 2009. 355". SANTOS, cit., também observa; "Em geral, na Europa os "standards" são suscetíveis de proteção autoral, sendo que a questão em aberto é a situação desses "standards" quando referenciados pela legislação. Vide European Commission, M. BANGEMANN, in response to written Question No. 822/91. MEP Michael Welsh, (1992) OJ C 2/10." A ISO, uma OSS particularmente conhecida, divulga a sua política de direitos autorais em <http://www.standards.co.nz/assets/CMS-Project/Our-services/Copyright-information/ISO-Copyright-information-brochure.pdf>.

denominado Terminologia Atualizada de Procedimentos Médicos (CPT, em inglês)⁴¹.

Contrária à publicação da obra, a AMA ingressou com uma demanda na justiça, buscando o reconhecimento de seus direitos de autor sobre a norma. Mesmo revestida de caráter mandatório em virtude de referência feita pelo governo para a realização de certas atividades médicas, o Nono Circuito da Corte de Apelação norte-americana, em 1997, decidiu a questão, confirmando a proteção do documento normativo por direitos de autor.

No mesmo ano, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu outra questão semelhante, dessa vez envolvendo a ADA contra a Delta Dental Plan Association. A Delta havia publicado um livro contendo a norma de nomenclatura de procedimentos dentais e números associados do “Código de Procedimentos e Nomenclaturas Dental”, desenvolvido pela ADA. Diante da situação, a ADA ingressou com um processo contra a Delta por infração aos direitos de autor, cuja decisão do Juiz Easterbrook, do Sétimo Circuito, foi a seu favor. Na decisão, a corte argumentou que muitas outras normas, dentre as quais aquelas promulgadas pelo Financial Accounting Standards Board (FASB), por exemplo, são protegidas por direitos de autor⁴².

De outro lado, já não mais apreciando a *lex data*, se encontrarão, nos textos citados em nossas notas, ponderações quanto à *política pública* em manter a proteção desses documentos técnicos através do sistema. Em particular, muito se cita o texto de Pamela Samuelson⁴³, que entende que as OSS teriam outros meios de se manter, ainda que a lei não tivesse, como tem, protegido o direito autoral desses textos técnicos.

Samuelson também, examinando os vários casos judiciais americanos que cuidaram de sistemas periódicos, classificação de livros e outros itens, ou métodos de contabilidade⁴⁴, verifica que a distinção entre ideais e forma é prestigiada. A *obra escrita de cunho técnico* teria, diz Samuelson, um tratamento diferente – ainda que, pelo que entende, não deveria ter a proteção que tem.

⁴¹ [Nota do original] Current Procedural Terminology (CPT).

⁴² [Nota do original] Caso Am. Dental Ass'n v. Delta Dental Ass'n (ADAII), 126 F.3d 977 (7 th Circ.1997). Ver SAMUELSON, 2007, pp. 452-454.

⁴³ SAMUELSON, Paul, “Questioning Copyright in Standards” (2006) Berkeley Center for Law and Technology <http://repositories.cdlib.org/bclt/lts/22>.

⁴⁴ Aqui, o clássico caso sobre a distinção entre ideia (não protegida) e forma (protegida), Baker v. Selden - 101 U.S. 99 (1879), encontrado em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/101/99/case.html>, visitado em 5/34/2014: "The use of the art is a totally different thing from a publication of the book explaining it. The copyright of a book on bookkeeping cannot secure the exclusive right to make, sell, and use account books prepared upon the plan set forth in such book. Whether the art might or might not have been patented is a question which is not before us. It was not patented, and is open and free to the use of the public. And of course, in using the art, the ruled lines and headings of accounts must necessarily be used as incident to it."

Mas este estudo se refere à lei que temos, e ao direito nacional. Ainda que se deva sempre discutir e pesquisar quanto à conveniência e oportunidade de se *mudar* as leis⁴⁵, o papel desta *responsa doctorum* é exprimir o que, na convicção do subscritor, é o direito vigente e aplicável neste instante⁴⁶.

E esse direito é, ao que entendo, que o texto técnico, com forma literária – enquanto não adotado por um regulamento técnico na forma do artigo 3º da Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973 –, texto que contiver suficiente originalidade para obter a proteção genérica de todos textos literários, será protegido pelo direito autoral no Brasil.

A apuração de presença ou ausência de originalidade é feita, aqui, como em todos os casos, pela análise específica e casual do texto, e não em abstrato. Em abstrato, todos os escritos, técnicos ou não, que não sejam literalmente excluídos pelo art. 8º da LDA serão dignos de proteção. Em concreto, também serão, mas apenas se novos e originais.

⁴⁵ Note-se que este subscritor entende, sim, que pode haver razões de política pública que aconselhem mutação da lei autoral para acrescentar ou suprimir objetos de proteção, como já mencionamos quanto à proibição de formulários. Para tanto se necessitaria de pronunciamento do Legislativo, atento às obrigações internacionais do país. Vide, por exemplo, nossa proposta de inclusão de texto na lei autoral com vistas a manter a higidez da política de genéricos, encontrada em http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uso_direitos_autorais.htm.

⁴⁶ Existe, no direito comparado, ampla discussão nesse sentido, no tocante ao objeto deste estudo; por exemplo: BERGER, Tyrone, Copyright in Standards: Open or Shut Case (November 16, 2011). Copyright Reporter, Vol. 29, No. 3, p. 106, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1960355>YEN, Alfred C, Owning Standards, Boston College Law Review, Vol. XLVIII, Jan. 2007., no. I; WOOD, Stepan and JOHANNSSON, Lynn, "How Not to Incorporate Voluntary Standards into Smart Regulation: ISO 14001 and Ontario's Environmental Penalties Regulations" (March 12, 2008). CLPE Research Paper No. 07/2008 Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1105593>; KOELMAN, Kamiel: An Exceptio Standardis: Do We Need an IP Exemption for Standards? IIC 2006 Heft 7 823, também disponível como Koelman, Kamiel J., An Exceptio Standardis: Do We Need an IP Exemption for Standards?. International Review of Intellectual Property and Competition Law, pp. 823-843, July 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=927367>; Strauss, Peter L., Private Standards Organizations and Public Law (July 23, 2013). William & Mary Bill of Rights, Forthcoming; Columbia Public Law Research Paper No. 13-334. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2194210> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2194210>; Baird, Stacy A., Government at the Standard Bazaar (April 17, 2007). Stanford Law & Policy Review, Vol. 18, No. 35, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1365707>; Contreras, Jorge L. and Hernacki, Andrew, Copyright Termination and Technical Standards (January 31, 2014). University of Baltimore Law Review, Vol. 43, 2014, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2335010>; Contreras, Jorge L., Technical Standards and Bioinformatics (April 10, 2013). Bioinformatics Law: Legal Issues for Computational Biology in the Post-Genome Era (Jorge L. Contreras & Jamie Cuticchia, eds., Chicago: ABA Publishing, 2013); American University, WCL Research Paper No. 2014-10. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2313788>; Contreras, Jorge L. and McManis, Charles R., Intellectual Property Landscape of Material Sustainability Standards (July 31, 2013). Columbia Science and Technology Law Review, Vol. 14, p. 485, 2013; American University, WCL Research Paper No. 2014-5. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2311033>.

Da impossibilidade da proteção autoral das normas jurídicas e atos oficiais

Ouve-se, igualmente, no discurso partidário, que os textos literários de cunho técnico seriam imperativos públicos, cuja proteção é vedada pelo

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

Os textos técnicos e doutrinários podem tomar, explicita ou implicitamente, a forma de uma norma técnica; ou seja, citando Bobbio⁴⁷:

Notou-se que as normas técnicas derivam, comumente, de uma proposição descritiva cuja relação entre uma causa e um efeito foi convertida em uma relação de meio e fim, onde à causa vem atribuído o valor de meio e ao efeito o valor de fim. A norma técnica: "Se quiser ferver a água, você deve aquecê-la a 100 graus", em que a fervura é o fim e o aquecimento é o meio, deriva da proposição descritiva: "A água ferve a 100 graus", onde o calor de 100 graus é a causa e a fervura é o efeito.

O imperativo hipotético mencionado anteriormente: "Se você quiser sarar do resfriado, tome aspirina" deriva da proposição descritiva: "A aspirina cura o resfriado". Ora, se o imperativo tem a função de produzir na pessoa a quem se dirige uma obrigação de comportar-se de um determinado modo, não se vê qual obrigação deriva de um imperativo hipotético dessa espécie: e de fato, a escolha do fim é livre (e, portanto não obrigatória), e uma vez escolhido o fim, o comportamento que dele deriva não pode ser considerado obrigatório, porque é necessário, no sentido de uma necessidade natural, e não jurídica nem moral.

Se eu quiser ferver a água, o ato de aquecê-la a 100 graus não é a consequência de uma norma, mas uma lei natural, que não me obriga, mas me constrange a comportar-me daquele modo.

O imperativo hipotético “para manter um conteúdo informacional coerente, todos os trabalhos acadêmicos devem fazer isso e aquilo” não é, em sua natureza, a norma do art. 8º, IV; ontologicamente, não se aplica essa exclusão aos textos literários de cunho técnico, mesmo que assumam tal forma prescritiva.

Mas é fato que entes públicos e privados podem adotar tais prescrições como norma de comportamento, dotando-as de sanções administrativas (não

⁴⁷ . "... para Kant podem-se distinguir, com base na forma, três tipos de normas: as normas éticas, cuja fórmula é: "Você deve X"; as normas técnicas, cuja fórmula é: "Se você quiser Y, deve X"; as normas pragmáticas, cuja fórmula é: "Visto que você deve Y, também deve X". BOBBIO, Norberto, Teoria da Norma Jurídica, EDIPRO, 2a ed. revista, 2003.

qualifica a tese, salvo se aplicar tal e tal norma técnica); como pode o poder público igualmente adotar uma ou outra de tais prescrições como o objeto de norma jurídica cogente.

Como já indicado, essa adoção pelo poder público se dá na forma de *regulamento técnico*⁴⁸. Quando isso ocorre, aplica-se o art. 8, IV da LDA, e o *texto literário de cunho técnico cai em domínio público*. A adoção como norma jurídica transforma a natureza do enunciado literário.

Neste contexto, muito se cita precedente do 5º Tribunal Regional Federal dos Estados Unidos⁴⁹. Segundo tal acórdão, em julgado do Tribunal Pleno, uma vez que um município adotara uma lei-modelo, elaborada voluntariamente e coletivamente por uma OSS, o direito autoral se eclipsara, e o texto entrara em domínio público. O aresto não menciona as consequências dessa desapropriação indireta, como a hipótese seria provavelmente classificada no sistema jurídico nacional.

Tal efeito é especificado pela Lei Autoral Alemã⁵⁰ de forma que, havendo incorporação do texto literário de cunho técnico em regulamento técnico emitido pelo poder público, assegura-se a todos o acesso à obra, sem que se possa opor o direito autoral anterior.

Vale notar que, no nosso sistema jurídico, os textos literários de qualquer cunho, produzidos como obra coletiva ou não, por entes públicos e privados,

⁴⁸ Na forma do artigo 3º da Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973.

⁴⁹ "The issue in this en banc case is the extent to which a private organization may assert copyright protection for its model codes, after the models have been adopted by a legislative body and become "the law". Specifically, may a code-writing organization prevent a website operator from posting the text of a model code where the code is identified simply as the building code of a city that enacted the model code as law? Our short answer is that as law, the model codes enter the public domain and are not subject to the copyright holder's exclusive prerogatives. As model codes, however, the organization's works retain their protected status." *Veeck v. Southern Building Code Congress International, Inc.*, 393 F.3d 791 (5th Cir. 2002), encontrado em http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/293_F3d_791.htm, visitado em 4/4/2014.

⁵⁰ § 5. Official Works

(1) Laws, ordinances, official decrees and notices as also decisions and official grounds of decisions shall not enjoy copyright protection.

(2) The same shall apply to other official works published in the official interest for public information, with the condition that the provisions of Article 62(1) to (3) and Article 63(1) and (2) concerning prohibited alterations and acknowledgment of sources shall apply *mutatis mutandis*.

(3) The copyright of private standards shall not be affected by paragraphs 1 and 2, where laws, ordinances, official decrees or notices refer to them, without directly reproducing their exact wording. In such cases, the author shall be obliged to grant any publisher a right to reproduction and distribution at fair conditions. Where a third party owns the exclusive rights to the reproduction and distribution, this third party is obliged to grant such rights as per paragraph 2." Lei autoral Alemã, Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, de 9 de setembro de 1965, como vigente, encontrada em www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/urhg/gesamt.pdf. A proteção específica de normas técnicas, sem simplesmente compreendê-las como uma modalidade das obras literárias de cunho técnico, se lê na Lei Suíça de Direitos Autorais de 1992 (Art. 2,2,a).

não caem automaticamente no domínio comum. Mesmo os textos produzidos pela União, não entram em domínio público; aliás, nem vige mais o dispositivo do Código Civil de 1916:

Art. 662. As obras publicadas pelo Governo Federal, Estadual ou Municipal, não sendo atos públicos e documentos oficiais, caem, quinze anos depois da publicação, no domínio comum.

Assim, nem pelo propósito – público ou privado – nem pela fonte, se poderia concluir que as obras literárias de cunho técnico, produzidas após atividade voluntária e coletiva de entidades privadas, sejam excluídas *ex lege* do direito autoral. O que não entra, ou são excluídos da proteção autoral, são “os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais”.

Como já se notou, ao tratar, mais acima, da questão das bulas de remédios, nem todos os atos jurídicos dos entes públicos serão, para efeitos do art. 8º, IV da LDA, atos oficiais. *A fortiori*, não no serão os atos voluntários e coletivos, praticados por iniciativa de entidades privadas, ainda que com proveito coletivo.

Quando, por adoção através de regulamento técnico, as obras em questão se fizerem atos oficiais, aplicar-se-á o art. 8º, IV. Antes, não.

Do precedente judicial pertinente

'Direito autoral. Autoras estrangeiras, entidades de normatização. Direito brasileiro que garante a proteção aos direitos do autor estrangeiro Brasil signatário da Convenção de Berna (Decreto 75.699/75) Interpretação conjunta do item 2 do art. 5 do Decreto 75.699/75, dos arts. 2º e 7º, XIII, da Lei 9.610/98. Uso ilegal e abusivo das marcas das autoras Proteção dada pela Lei 9.279/96. Sentença mantida Recurso improvido".

TJSP, AC 9177350-07.2009.8.26.2009.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, unânime. Des. Fábio Quadros, 7 de março de 2013.

Reconhecido que o Brasil pode conferir proteção às obras das autoras, cinge-se o debate em um ponto fulcral: as obras das autoras são protegidas, de acordo com o que dispõe o art. 7º e seus incisos, ou não são protegidas conforme o art. 8º e respectivos incisos, ambos da Lei 9.610/98?

Aqui, oportuno observar de antemão que é despicienda a conceituação precisa dos termos “procedimentos normativos”, “normas técnicas” pois, como bem afirmado pelo MM. Juízo “a quo” “qualquer conceito que for feito será sempre arbitrário, contendo apenas os elementos daquele de quem dimana a conceituação” (fls. 2.672).

Assim como concluiu a Sra. Perita, cujo entendimento foi abarcado pelo MM. Juízo “a quo”, as obras das autoras são objetos de proteção da Lei 9.610/98 e não poderiam ser objeto de comercialização e, conseqüentemente, de obtenção de lucros por parte das rés. Veja-se, pelos documentos de fls. 55/61 e 227/228 a comprovação da existência dos Contratos de Licença que não autorizam a cópia, reprodução, a distribuição ou a comercialização do material adquirido.

Leitura do laudo pericial, que reputo bem elaborado, dá conta de que as rés violaram os direitos autorais das autoras, conforme trechos que se transcrevem:

“As Rés comercializavam as normas ou padrões produzidos pelas autoras pelo seu site, informando que adquiriram diretamente das Autoras referidas normas, transmitindo-as aos seus clientes. A comercialização é evidenciada pelos diversos emails juntados negociando a compra de normas, faturas de vendas e ferramentas de venda eletrônica no site da Autora (sic) Target Engenharia.

Pelas notas fiscais anexadas, não é possível aferir se a cada compra das Rés estas, por sua vez, comprovam das Autoras, por falta de dados específicos nas faturas juntadas, notadamente o nome e dados da norma comercializada.

Pelo contrato de licença firmado com as Autoras as Rés não poderiam transferir o material que receberam:

“Esta cópia impressa está inteiramente protegida por leis nacionais e internacionais de direito autoral e não pode ser fotocopiada ou reproduzida em nenhuma forma. Sob nenhuma circunstância o arquivo eletrônico pode ser licenciado para ser copiado, transferido ou colocado em rede de qualquer tipo.” (fls. 228)” ...

“Os procedimentos normativos, processos e métodos excluem-se do âmbito da proteção autoral por serem puramente prescritivos ou descritivos. Nota-se que o conteúdo das publicações da Autora ISO é composto de textos de teor prescritivo, tal como as normas, mas também informativos, a fim de definir e constituir os padrões que atribuem funções de determinadas instituições organizacionais, como comitês técnicos, diretorias e conselhos, e uma infinidade de características para a melhor performance de determinada organização. Trata-se de prospecções, conformações e qualificações em busca de uma excelência na produção. As características das normas, sua disposição, organização e expressão são originais, respeitam a experiência da organização na conformação de determinado conhecimento tecnológico e científico, de modo que fosse outra organização a criá-las, seriam distintas no conteúdo e na expressão.

Ainda como textos prescritivos, sua composição altamente especializada de expressão original ultrapassa a mera descrição de fatos

objetivos e a seleção que compõe o texto denota atividade intelectual criativa, na medida do trabalho técnico e original.”