

O que o direito tem a ver com a criação?

Denis Borges Barbosa (2011)

Dedicado ao bolo de milho de Karin Grau-Kuntz

Símaco e o silêncio

Mariscando pela História da Inteligência Brasileira do Wilson Martins, encontro um gostosa citação de Símaco ¹:

2. Nam facilius est ardentis fauillas ore comprimere quam luculenti operis seruare secretum. Cum semel a te profectum carmen est, ius omne posuisti. Oratio publicata res libera est.

Se quiseres te manter na posse de uma expressão de tua personalidade, guarde-a em segredo: uma vez que a enuncias, ela se torna livre.

Mas, em *Donaldson v. Beckett*, julgamento da Câmara dos Lordes de 1774 em que se discutiu a possibilidade de o direito apreender permanentemente essa expressão, que por natureza é livre ² surge uma ponderação curiosa. Haveria mesmo um direito ao silêncio? Ou a *étincele* que surge mesmo na intimidade é uma manifestação de um dever prévio, de repartição com todos, do gênio que a divindade confia ao criador humano, um poder-dever de expressar-se para o bem comum ³?

Já me referi, mais de uma vez, ao coro dos judeus de Verdi, em *Nabucodonosor*, “vai, pensamento em suas asa douradas” ⁴. Pois essa seria, segundo o voto em *Donaldson*..., a missão do pensamento.

A discussão aqui é antiga e aguerrida, remontando sempre aos episódios da obra de Kafka e Virgílio, publicadas postumamente contra a vontade expressa dos seus autores ⁵, e da destruição por Jean Sibelius de sua 8ª Sinfonia. A tensão óbvia é entre o que Gierke classificava como a esfera privada do criador ⁶, e a esfera pública, uma fronteira que a moda vem designando como a da dignidade humana. Qual dignidade – a da pessoa que priva, ou a da humanidade privada da criação?

¹ Quintus Aurelius Symmachus (345-410), *Symm.epist.* 1,31 (Ed.: J. P. Callu, Paris 1972 (Les Belles Lettres))

² Lord Candem, *Donaldson v. Beckett*, Proceedings in the Lords on the Question of Literary Property, February 4 through February 22, 1774.

³ Those great men, those favoured mortals, those sublime spirits, who share that ray of divinity which we call genius, are intrusted by Providence with the delegated power of imparting to their fellow-creatures that instruction which heaven meant for universal benefit; they must not be niggards to the world, or hoard up for themselves the common stock.

⁴ Va, pensiero, sull'ali dorate; va, ti posa sui clivi, sui colli, ove olezzano tepide e molli l'aure dolci del suolo natal!

⁵ Vide Moraes, Rodrigo, *Os Direitos Morais do Autor*, *Lumen Juris*, 2008, p. 156, e Adeney, Elizabeth, *The Moral Rights of Authors and Performers*, Oxford, 2006, 2.02.

⁶ GIERKE, O. von, *Deutsche Privatrecht*, 1895, vol. I, p. 789, *apud* Adeney, op. cit.

Como formas de superar este Armagedon de dignidades, o Código da Propriedade Intelectual Francês em seu art. L 121-3⁷ e a lei espanhola no seu art. 31⁸ preveem meios de evitar a denegação de acesso a uma criação cultural relevante, após a morte do autor; pois a real proteção da dignidade se completa pelo poder de destruição de suas próprias criações não publicadas, que o autor tem em vida.

Começo discutindo essa questão como meio de relativizar o pressuposto de que o direito é atraído pelo ato criador como um desvanescimento perante a inauguração de uma centelha genial. O criador é excepcional, diverso do homem comum que apenas sobrevive, e assim o seria o direito que o reconhece. Uma situação jurídica que tornaria o autor imune à redução à simples cidadania. Ao contrário, Lord Candem postula uma isonomia pré-jurídica sem graças demiúrgicas, deferindo ao autor a mesma posição de poder do juiz, um poder serviente, e servidor.

De forma nenhuma isso pouca ou reduz a incidência do direito quanto ao ato criador. Quem cria, em qualquer campo ou forma, deve ter sua intervenção reconhecida pela imputação *necessária* do ato inaugural a um originador. Singular ou coletiva, autor de obra certa ou comunidade a quem se deve a construção imemorial, a ação humana é vinculada à coisa criada.

Assim é que em nada lesa o direito, e em tudo o prestigia, quem aponta de uma descoberta quem a fez; quem honra o cirurgião, que precisou um novo método de curar, designando-o com seu nome; quem aponta de uma receita gastronômica o seu inventor. Fora de qualquer exclusiva, o Tratado de Genebra de Registro de Descobertas Científicas cuida apenas dessa imputação⁹.

Assim, a criação em geral – e no criar se presume aqui um *quid novum* que será abaixo discutido – deflagra-se automaticamente uma pretensão: a de que se impute ao criador a coisa criada.

Passemos aqui à interessante observação de Richard Posner de que contrafação e plágio se distinguem: pode haver plágio de obra em domínio público. Essa observação direciona o pensamento: plágio é uma lesão à relação entre obra e autor, relação essa

⁷ Art. L. 121-3. En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé visés à l'article L. 121-2, le tribunal de grande instance peut ordonner toute mesure appropriée. Il en est de même s'il y a conflit entre lesdits représentants, s'il n'y a pas d'ayant droit connu ou en cas de vacance ou de déshérence. Le tribunal peut être saisi notamment par le ministre chargé de la culture.

⁸ ART. 40 LPI - Tutela del derecho de acceso a la cultura. Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo.

⁹ “Scientific discoveries, the remaining area mentioned in the WIPO Convention, are not the same as inventions. The Geneva Treaty on the International Recording of Scientific Discoveries (1978) defines a scientific discovery as “the recognition of phenomena, properties or laws of the material universe not hitherto recognized and capable of verification” (Article 1(1)(i)). Inventions are new solutions to specific technical problems. Such solutions must, naturally, rely on the properties or laws of the material universe (otherwise they could not be materially or “technically” applied), but those properties or laws need not be properties or laws “not hitherto recognized.” An invention puts to new use, to new technical use, the said properties or laws, whether they are recognized (“discovered”) simultaneously with the making of the invention or whether they were already recognized (“discovered”) before, and independently of, the invention”. Encontrado em <http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/pdf/ch1.pdf>, visitado em 15/3/2011. Vide Friedrich-Karl Beier & Joseph Straus, Der Schutz Wissenschaftlicher Forschungsergebnisse: Wugleich eine Würdigung des Genfer Vertrages über die Internationale Eintragung Wissenschaftlicher Entdeckungen (1982) (F.R.G).

que não se resume à vigência da exclusiva. Há muito mais direito imaterial entre a criação e o monopólio do que supõe nossa vã filosofia.

A *nominação* ou *paternidade* é o resultado desse ato de imputação, que tem tantas repercussões em Propriedade Intelectual¹⁰, se exerce como valor mesmo nos sistema onde inexistente um direito moral correspondente¹¹. Ainda que algumas vezes confundido com um requisito de exclusivas da propriedade intelectual¹². Na verdade, é uma situação de direito que prece, e transcende, todas exclusivas.

Do D1 ao D3

Entre a criação e a exclusiva existem fases de juridicização; no tocante as patentes por exemplo, numa sequência de uma percepção de Pontes de Miranda¹³, nota Marissol Gomez Rodrigues¹⁴:

Nessa configuração, do direito constitucional de pedir patente, abreviado por D1, surge o direito ao pedido de patente, abreviado por D2, e o direito ao privilégio da patente, abreviado por D3. As abreviações D1(=direito de pedir patente), D2 (=direito ao pedido de patente) e D3 (=direito à patente) se prestam a facilitar a abordagem neste estudo.

Observe-se que o direito à exclusiva da patente (D3) decorre do direito formativo gerador de pedir patente (D1), nos termos do disposto no art. 6º da LPI, o qual é outorgado ao autor de invenção ou modelo de utilidade, garantindo-lhe a propriedade (D3). O direito de pedir patente (D1), na verdade, corresponde a um segredo de

¹⁰ Vide Heymann, Laura A., Naming, Identity, and Trademark Law (February 14, 2011). Indiana Law Journal, Vol. 86, No. 2, 2011; William & Mary Law School Research Paper No. 09-74. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1761614>; "As the process of creation in the age of digital media becomes more fluid, one pervasive theme has been the desire for attribution: from the creator's perspective, to receive credit for what one does (and to have credit not falsely attributed) and from the audience's perspective, to understand the source of material with which one engages"

¹¹ Fisk, Catherine L., The Role of Private Intellectual Property Rights in Markets for Labor and Ideas: Screen Credit and the Writers Guild of America, 1938-2000 (May 24, 2011). Berkeley Journal of Employment and Labor Law, Vol. 32, 2011; UC Irvine School of Law Research Paper No. 2011-17. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1851645>; "Screen credit is one of the very few forms of intellectual property in the modern economy that is designed by workers for workers and without the involvement of the corporations that control most intellectual property policy. Based on research in the archives of the Writers Guild not available to the public, this article argues that the Guild survived conditions that might lead to de-unionization because of the value it provides writers and employers in managing markets for labor and ideas. In particular, the Writers Guild administers two private intellectual property rights systems – the screen credit system and the script registry – that facilitate transactions between writers and producers. The experience of the Guild suggests that under the right circumstances unions can support innovation by creative private intellectual property rights systems to address structural problems in labor markets for talented short-term workers and the start-up enterprises that hire them."

¹² "No entanto, a intervenção direta do homem alterando o estado da natureza, não é requisito objetivo de patenteabilidade, i.e, a intervenção humana não é requisito de invento, e sim de apropriação. Se há uma solução técnica para um problema técnico, (presença do contributo mínimo de uma atividade inventiva e de aplicabilidade industrial), mas não houve ato de autoria da solução, simplesmente os efeitos patrimoniais da invenção não poderão ser atribuíveis àqueles que se arroga inventor." Charlene Maria C. de Ávila Plaza, Interface dos direitos protetivos em propriedade intelectual: patentes e cultivares, Interface dos Direitos Protetivos em Propriedade Intelectual: Patentes e Cultivares, Revista da ABPI n. 112 - maio/junho 2011.

¹³ PONTES DE MIRANDA, J. C. Tratado das Ações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

¹⁴ RODRIGUES, Marissol Gómez. Da Ação de Adjudicação de Patente como ferramenta reivindicatória do usurpado. Rio de Janeiro, 2009. Dissertação (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação) – Academia da Propriedade Intelectual e Inovação, Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 2009., publicado em BARBOSA, Denis Borges (Org.) ; Lelio Denicoli Schimidt (Org.) ; Elisabeth Kasznar Fekete (Org.) ; Letícia Provedel (Org.) ; Marissol Gómez Rodrigues (Org.) . Reivindicando a Criação Usurpada (A Adjudicação dos Interesses relativos à Propriedade Industrial no Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

invenção, enquanto não postulado o pedido de patente (D2) junto ao INPI.

Insta observar que a circulabilidade do direito de pedir patente é permitida, e, portanto, o autor pode ceder seu direito formativo gerador, fazendo com que a legitimidade ativa para ingressar com Ação de Adjudicação se desloque do autor para o titular do direito de pedir patente, que tanto pode ser originário (do próprio inventor ou do empregador, no caso do art. 88 da LPI) quanto derivado (de sucessor ou cessionário).

A despeito de só haver efeito reipersecutório quando existir rei, ou mais precisamente, direito real, a legitimidade para ingressar com Ação Reivindicatória nasce do ato da invenção e está atrelada à titularidade do direito de pedir patente (D1), ainda que tal direito precise estar contraposto ao seu exercício ilegítimo por terceiro que pediu a patente (D2) e, posteriormente, obteve a exclusiva de privilégio (D3), para fazer nascer a pretensão adjudicatória.

Note-se que o terceiro ilegítimo pode ser, até mesmo, o próprio inventor que havia cedido o direito de pedir patente (D1) e desrespeitou o pactuado em contrato, adiantando-se a depositar o pedido (D2) e obtendo a exclusiva (D3) antes do cessionário.

De suma importância a percepção da diferença da Ação Reivindicatória no direito civil e no direito de propriedade industrial. Porque o direito absoluto de pedir patente (D1), ainda que não real, vai autorizar o legítimo titular (inventor ou cessionário) a sobrepor sua pretensão adjudicatória àquele que pediu e obteve patente, mas era carecedor do direito constitucional formativo gerador (D1). Esse mesmo titular do D1 pode anular a patente, em decorrência do vício subjetivo. Assim, as pretensões de anular ou adjudicar são alternativas, mas resultantes de um só fato jurídico: somente o criador ou seus sucessores, cessionário etc. podem pedir patente (D1). A cadeia de titularidade deve ser respeitada para o exercício legítimo e regular do direito de pedir patente.

Na ação reivindicatória ou adjudicatória, no âmbito do direito industrial, persegue-se o direito de pedir patente (D1) preexistente à constituição da exclusiva (D3), obtida ilegitimamente por outro. O direito de pedir patente (D1), apesar de absoluto, não é real como o direito ao privilégio (D3). Nesse tópico, Pontes de Miranda ressalta a diferença entre o direito brasileiro e o direito alemão, vez que, no Brasil, não se chama de vindicação a ação do inventor ou seu sucessor, antes do depósito da patente, afirmando que o direito real nasce com a obtenção da patente. A rigor, só há efeito reipersecutório quando existe rei (direito real), de tal sorte que se conclui que a "adjudicação" prevista no art. 49 da LPI não é o que se chama de adjudicação no direito comum, pois ela gera efeitos reipersecutórios sobre algo que, no momento da usurpação, não era real (D3), não era monopólio, era apenas um segredo de invenção (D1).

Então, o adjudicante recupera um direito de pedir patente (D1) que lhe pertencia, já metamorfoseado em privilégio de patente (D3) por terceiro ilegítimo. Não se trata de translação aquisitiva, pois a natureza do direito de pedir patente (D1) é inconfundivelmente diversa da natureza do privilégio de patente (D3). Não existe direito real antes da constituição da exclusiva de patente (D3).

O usurpado não retoma a propriedade que detinha anteriormente, pois, antes do exercício do direito de pedir patente, ele não detinha a propriedade, mas somente um direito absoluto. Assinale-se que o estado latente de pedir patente (D1) é que lhe foi surripado, e não a patente em si. Conclui-se que, com base em seu direito formativo gerador (D1), o adjudicante recupera o desdobramento do exercício daquele seu direito originário (D2), já transformado em patente (D3) pelo usurpador, assim nomeado independentemente de estar munido de má-fé.

Essa análise é típica de direitos, como os de patente, em que o sistema jurídico exige uma atuação do estado na declaração dos pressupostos de proteção, e uma manifestação de vontade estatal específica (ainda que plenamente vinculada) para constituição de

exclusiva. No campo autoral, por exemplo, em que – se a criação passar pelo filtro de admissibilidade que, na lei autoral vigente, se concentra no art. 8º - há proteção direta por exclusiva sem a atuação específica estatal, vai-se da criação ao D3 diretamente.

A questão do filtro de entrada à exclusiva

Mas – há um filtro de entrada em cada sistema de proteção por exclusiva¹⁵. Tem-no a lei de cultivares, a norma de desenho industrial, a norma de marcas, e assim por diante. No caso autoral (e falamos neste texto especialmente do caso autoral), assim definimos o filtro de entrada¹⁶:

Ao contrário das nossas leis anteriores, a norma de 1998 explicita quais são os objetos excluídos da proteção autoral:

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 instruções¹⁷;

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.

A listagem, também aqui, tem uma irrazoabilidade digna de Borges: as coisas mais disparatadas são postas num só lugar. As leis de patentes de 1945 a 1971 incorriam

¹⁵ Para uma análise do filtro de entrada no sistema de patentes, que denominamos *hipótese de incidência patentária*, vide BARBOSA, Denis Borges, As hipóteses de incidência patentária do art. 10 do CPI/96, Revista Eletrônica do IBPI no. 4, p; 143, em

<http://www.wogf4yv1u.homepage.t-online.de/media/8a6e575f40fc6c7dffff80aeffffef.pdf>.

¹⁶ BARBOSA, Denis Borges e SANTOS, Manoel J. Pereira, Os requisitos da forma livre e da originalidade na proteção de textos técnicos e científicos, in SANTOS, JABOUR e BARBOSA, Org., , Direitos Autorais, Publicações GVLaw, Saraiva, 2012.

¹⁷ Embora se pudesse argumentar que a proibição de proteger tais formulários manifestasse mais uma instância de falta de originalidade, na verdade entendo ter-se aqui uma restrição de política pública. Pode haver originalidade em formulários, como nota CHISUM, Donald S. & JACOBS, Michael. Understanding Intellectual Property Law . United States of America. Ed. Matthew Bender & Company Incorporated, 1995, p. 26-31: In *Harcourt, Brace & World*, [Harcourt, Brace & World Inc. v. Graphic Controls Corp., 329 F. Supp. 517, 171 U.S.P.Q. 219 (S.O. N.Y. 1971)] 73 *the district court upheld the copyrightability of printed answer sheets for standardized tests designed to be corrected by optical scanning machines. The answer sheets embodied original expression: "(T) he area for originality of design is limited by the requirements of the optical scanning machine used However, within these confines the designer may structure the division of response positions across the page, may ask what information (name, age, date, etc.) the student should record on the face of the answer sheet, may devise the symbolic code indicating what question is being asked and what possible alternative answer slots may be selected, may insert any instruction explaining how to use the answer sheet in conjunction with an examination, may set forth examples illustrating such use, etc. . . . The creation of an answer sheet requires the skill, expertise and expertise and experience together with the personal judgment and analysis of the designer or author."*

igualmente em recitais parecidos, que juntavam elementos de definição de que sistema aplicar (a noção de "invenção"), noções gerais de contributo mínimo e proibições diretas por razão de política pública. A lista, além de desconexa, é também incompleta: mesmo sem constar da relação, seriam denegados direitos autorais para um novo satélite de Saturno, um padrão monetário, ou um golpe de estado.

Mas a listagem aponta para exemplos de hipóteses que manifestam princípios de não-proteção subjacentes. A soma das *"idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras"* aponta para uma regra geral segundo a qual não se protegem idéias, *mesmo se sujeitas a uma formalização que fosse classificada entre os tipos consagrados.*

Na intuição de Camões, *Mas esta linda e pura semidéia (...) Está no pensamento como idéia/ O vivo e puro amor de que sou feito/ Como a matéria simples busca a forma.* É certamente um princípio básico de direito de autor¹⁸:

Com efeito, criando o Direito de Autor um monopólio em proveito do criador, direito este que é sancionado com vigor, tornar-se-ia paralisante tolerar que esta tutela recaísse sobre as idéias; as criações seriam entravadas pela necessidade de requerer a autorização dos pensadores: pode-se imaginar, por exemplo, que, no domínio científico, toda narração dos progressos seria difícil por que elas imporiam a concordância dos pensadores, dos quais as idéias seriam a base das descobertas. (...) Também esta exclusão das idéias do domínio do direito do autor é uma constante universal.

Tais exemplos também apontam para outro princípio de não-proteção: qualquer instância não expressiva está fora do alcance da proteção autoral: *realizar atos mentais, jogos ou negócios; o aproveitamento industrial ou comercial (...)*. Não temos aqui uma recusa quanto à destinação da obra: será igualmente um princípio geral do direito de autor que não se denega proteção, por exemplo, ao texto de propaganda política ou comercial ou às instruções de como empinar uma pipa ¹⁹, desde que dotadas dos requisitos gerais de arbitrariedade e contributo mínimo. O exemplo sempre lembrado do Relatório Municipal de Graciliano Ramos vem à memória:

Pensei em construir um novo cemitério, pois o que temos dentro em pouco será insuficiente, mas os trabalhos a que me aventurei, necessários aos vivos, não me permitiram a execução de uma obra, embora útil, prorrogável. Os mortos esperarão mais algum tempo. São os municípios que não reclamam. (...)

*A prefeitura foi intrujada quando, em 1920, aqui se firmou um contrato para o fornecimento de luz. Apesar de ser o negócio referente à claridade, julgo que assinaram aquilo às escuras. É um bluff. Pagamos até a luz que a lua nos dá. (...)*²⁰

O que se recusa a falar das realizações e aproveitamentos são as instâncias pragmáticas de aplicações de idéias, em tudo que ultrapasse a conformação expressiva. Na vedação de dar exclusivas às informações de uso comum tais como calendários, agendas,

¹⁸ Claude Colombet, Grands Principes du Droit d'Auteur et des Droits Voisins dans le Monde, 2a. Ed. LITEC/UNESCO, 1992, p. 10 « *En effect, le droit d'auteur créant un monopole au profit du createur, droit qui est vigorseusement sanctionné, il serait paralysant de tolerer cette mise sous tutelle des idées; les créations seraient entravées par la necessité de réquerir l'autorisation des penseurs: on imagine, par exemple, que dans le domaine scientifique, toute narration des progrès serait difficile puisqu'elle imposerait l'accord des savants, dont les idées auraient été à la base de decouvertes (...)* Aussi cette exclusion des idées du domaine d'application du droit d'auteur este-elle une constante universelle ».

¹⁹ Colombet, op. cit., p. 16.

²⁰ Encontrado em <http://novoirialagoense.blogspot.com/2006/03/primeiro-relatrio-graciliano-ramos.html>, visitado em 29/7/2010. Desses relatórios nasceu o convite de Augusto Frederico Schmidt, que levou Graciliano a escrever e publicar Caetés (1933).

cadastros ou legendas e aos nomes e títulos isolados se têm exemplos da exigência geral de contributo mínimo. No direito comparado tais hipóteses são excluídas seja sob a regra de *minimis non curat praetor*, seja diretamente pela aplicação do "nível mínimo de criatividade", originalidade, etc., sobre o que discorreremos logo adiante. Aqui também a regra de não-proteção não é literal, mas manifestação de um requisito de proteção.

Ao dizer que não incide direito autoral nos textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais mais uma vez se aponta para uma regra geral, pelo menos do direito brasileiro: os textos originados do Estado, com caráter oficial, não podem ser denegados à comunicação ao público com base em exclusiva autoral.

Note-se que nenhuma dessas hipóteses é de *exceção ou limitação* dos direitos autorais. O princípio de proteção da expressão - não das idéias - é uma *norma positiva de incidência*. O sistema autoral não incide no âmbito das idéias; não se excepciona ou limita o que nem sequer se inclui. Não se excepcionam ou limitam as *ações pragmáticas* ou *aproveitamentos* não expressivos: apenas eles não se inserem no campo de incidência do sistema autoral, seja para entrar em outro sistema, seja para permanecerem de livre utilização.

A regra do contributo mínimo igualmente não é exceção ou limitação: os objetos que não alcançam o nível mínimo de proteção destarte não incidem no campo de proteção.

Assim, não cabe aplicar interpretação *restritiva* às enunciações do art. 8º. da lei autoral, para reduzir sua aplicação às hipóteses nominais listadas; trata-se aqui de um estilo normativo *pars pro toto*, em que se usam exemplos como manifestação de hipóteses de não incidência do sistema autoral, ou de um requisito de limiar mínimo de acesso.

As regras de interpretação restritiva da lei autoral de alcance são unilaterais, eis que se se dirigem *ao autor* (que se presume hipossuficiente²¹); e são regras relativas *aos negócios jurídicos* e não à aplicação do texto normativo. O próprio Supremo Tribunal Federal já entendeu que mesmo o capítulo das exceções ou limitações permite interpretação não restritiva²².

Como regra, a simples criação, desde que expressa ou fixada (ou seja, objetivada), pode deflagrar um conjunto de consequências jurídicas. Entre tais consequências pode acontecer - como ocorre no direito autoral brasileiro vigente[1] - a constituição de um direito de exclusiva, se este direito específico não for denegado pela lei para o tipo específico de criação [2]. Em outros casos, a criação apenas deflagra uma faculdade de obter posteriormente o direito de exclusiva, sem a automaticidade do direito autoral (como no caso de cultivares, topografias de semicondutores, patentes, etc.)

²¹ Art. 4º Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais. Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: (...)VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

²² *Tendo em vista a natureza do direito de autor, a interpretação extensiva da exceção em que se traduz o direito de citação é admitida pela doutrina. Essa admissão tanto mais se justifica quanto é certo que o inciso III do artigo 49 da Lei 5988/73 é reprodução quase literal do artigo 666 do Código Civil, redigido este numa época em que não havia organismo de radiodifusão, e que, na atualidade, não tem sentido que o que é lícito, em matéria de citação para a imprensa escrita, não o seja para a falada ou televisionada. A mesma justificativa que existe para o direito de citação na obra (informativa ou crítica) publicada em jornais ou revistas de feição gráfica se aplica, evidentemente, aos programas informativos, ilustrativos ou críticos do rádio e da televisão. Recurso extraordinário não conhecido". Recurso Extraordinário Nº 113.505-1 – Rio de Janeiro – 1º Turma – S.T.F. – 28.2.1989 – Ministro Moreira Alves.*

Essa criação objetiva e autônoma, assim, capaz de deflagrar seja um direito de exclusiva, sejam outras consequências jurídicas diferentes de um direito de exclusiva, constitui uma *criação intelectual*.

Além do filtro de entrada, todos os sistemas vigentes de propriedade intelectual ainda tem pelo menos dois requisitos complementares (e alguns mais outros): que a *criação intelectual* não seja copiada; e de que haja um mínimo de contribuição diferencial à sociedade que justifique uma exclusiva. Como suscitado pela Suprema Corte americana no caso Feist²³, não é o simples trabalho que merece exclusiva, é preciso (pelo menos para se ter uma exclusiva, que não se identifica obviamente com o retorno material) que a criação intelectual represente uma contribuição à sociedade.

A originação e a objetividade

Lógico que o filtro de entrada no campo das exclusivas autorais não se limita ao art. 8º. Isso se ilustra no tocante a uma pergunta que me foi feita: há direito autoral sobre a própria assinatura? Respondi que entendo que a assinatura, com ser expressão personalíssima, com inclusive vinculação juridicamente necessária à pessoa, não pode ser *obra*.

No Cap. I do Tratado da Propriedade Intelectual, falo sobre a questão o seguinte:

Os diferentes subsistemas da Propriedade Intelectual conferem assim distintas consequências à autoria (ou como preferimos, originação). Em todos eles, essa função é crucial: a exclusividade de uma obra literária é atribuída, no direito brasileiro vigente, primariamente ao seu autor; a denominação de origem é privativa daquela coletividade, geograficamente delimitada, cuja tradição ou engenho gerou a imagem de qualidade que se protege.

O que se origina, neste processo?

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.

Mas cabe aqui uma observação central. Se pudesse usar algum artifício para chamar atenção do leitor, faria agora: acenar as mãos, erguer a voz. Pois neste ponto está o centro deste estudo.

Esse requisito de que se fala, que impossibilita a assinatura ser obra, não se acha no art. 8º da lei autoral; na verdade, está fora de todos os filtros de entrada nas exclusivas da propriedade intelectual vigente. Mas se constitui no requisito básico de objetivação de

²³ **Feist** Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991)

toda *criação intelectual*. Que é intelectual, e será criação desde que *nova*, no simples e comezinho sentido de que não esteja antes disponível à sociedade.

Antes do filtro de entrada: o D0

A intrincada análise do processo que faz acima Marissol Gomez Rodrigues, pelo qual uma criação é acolhida pela exclusiva deixa de lado, no entanto, uma fase anterior, que, por amor às categorias propostas pela autora, poder-se-ia caracterizar como D0.

O D0 é o impacto de uma criação no universo jurídico *antes* ou na hipótese de uma criação não passar *nunca* por nenhum dos filtros de entrada num dos sistemas da Propriedade intelectual. Logico que o impacto pode ser nenhum, ou mais precisamente, que ele se limite aos aspectos não patrimoniais.

O D0 é o ambiente jurídico onde surge e prolifera a *criação intelectual*. Objetivada, fica lá pairando à espera de reconhecimento e consagração jurídica.

O D0 surge no radar do prático em direito (como um espaço de direito e não filosófico ou de moral) porque... ele existe como “de direito” na pragmática. Esse tipo de pretensão muitas vezes perece nos procedimentos de exame de patentes, mas mesmo aí, é às vezes reconhecido na tessitura complexa das relações laborais²⁴.

Quando não existe a barreira administrativa, como quando se suscita direito autoral para coisas que não obviamente não passariam pelo filtro do art. 8º da LDA, cumpre ao judiciário exercer a seleção, nem sempre corretamente. Tudo isso mostra que há um D0 e pretensões a efeitos patrimoniais dessa criação intelectual:

O acórdão embargado não negou que a autora, ora embargante, tenha sido a criadora do estilo denominado "fragmentismo". Nem poderia fazê-lo, porque tal fato foi estabelecido no acórdão recorrido.

Ocorre que, mesmo tendo a autora criado o "fragmentismo", tal técnica é "apenas um meio, um procedimento, para a formação de obras artísticas". É "maneira de fazer arte", como está na inicial (fl. 8).

Exatamente por isso não está albergado pela Lei dos Direitos Autorais.

Como constou do acórdão embargado:

"O resultado da utilização da técnica é que tem guarida legal: somente se sujeita à proteção intelectual a obra formada pela utilização do estilo (v.g., quadros, telas, fotos, filmes etc.), individualmente considerada."

Em palavras diretas: fragmentismo não é obra (não no sentido jurídico do termo, que não se confunde com outras acepções admitidas e conhecidas).

Trata-se de método, técnica, procedimento para a criação de obras, estas sim

²⁴ " INVENTO. EQUIPE DE ESTUDOS E PROJETO. Participação em equipe de estudos e projeto de reestruturação e implantação de nova sistemática de funcionamento da empresa ou de algum de seus setores não revela ineditismo ou invenção a ensejar a condenação da empregadora no pagamento de percentual sobre seu faturamento ao empregado." (...) Demonstrou o Regional estar provado nos autos que o Autor integrara equipe com fim de reestruturação da empresa na área de armazenamento e capatazia de cargas aéreas. Ainda acrescentou: " ... o autor não demonstrou que de seu intelecto e esforço pessoal, unicamente, surgiu algo inusitado em matéria de administração portuária que tenha vindo a revolucionar a maneira como isto é feito há décadas".TST Recurso de Revista nº TST-RR-337817/97.9

cobertas pelo direito previsto no Art. 5º, XXVII, da Constituição Federal.

Pelas carregadas palavras da embargante, fica claro que ela gostaria que a

Lei protegesse, também, os criadores de estilos, de técnicas.

É uma posição defensável, bastante razoável. Mas não é a opção da Lei, à qual devo obediência.

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 906.269 - BA (2006/0248923-0)

O nosso direito excluiu tal hipótese (como muitíssimas outras) de todas exclusivas. O regime aqui é o de uso livre de todos. Não há patrimonialidade a proteger²⁵:

Fica clara a subsistência de um direito natural à fruição do domínio público, indicado tanto pela filosofia clássica²⁶ como pela jurisprudência²⁷.

Assim, é crucial para o estudo da Propriedade Intelectual que se tenha em conta que – no dizer de Allan Rocha de Souza “a exclusividade é uma ilha num mar de uso livre das criações”²⁸. Nota José de Oliveira Ascensão²⁹:

“A mera apropriação ou desfrute de posições alheias não é suficiente para caracterizar a concorrência desleal. E os elementos empresariais alheios podem ser protegidos por um direito privativo ou não ser. (...) Se não são protegidos, há que se ter em conta que o grande princípio é o da livre concorrência. E a livre concorrência leva a dizer que tudo que não é reservado é livre. A liberdade de concorrência implica que os elementos empresariais alheios possam ser aproveitados por qualquer um. O que significa que mesmo a cópia é um princípio livre. Para haver concorrência desleal tem de haver uma qualificadora específica que torne a imitação, em princípio livre, uma actividade proibida.

Que fique claro, assim, qual o regime normal e “natural” dos bens intelectuais: o da liberdade de uso por todos, sem que isso cause impacto na esfera de direito de seu criador ou titular. Apenas quando – excepcionalmente – haja exclusividade de uso conferida por lei ao criador ou titular, ou se tenha uma “qualificadora específica” que deflagre a concorrência desleal, pode-se vedar a apropriação ou desfrute de criações alheias.

²⁵ Tratado, op. Cit., vol. I, cap. I, [5] § 4. - A eminência da produção de acesso livre: o domínio público.

²⁶ Aristóteles, Poética, parte IV: “First, the instinct of imitation is implanted in man from childhood, one difference between him and other animals being that he is the most imitative of living creatures, and through imitation learns his earliest lessons; and no less universal is the pleasure felt in things imitated.”

²⁷ In re Morton-Norwich Prods., Inc., 671 F.2d 1332, 1336 (C.C.P.A. 1982) (“[T]here exists a fundamental right to compete through imitation of a competitor’s product, which right can only be temporarily denied by the patent or copyright laws.”). “The defendant, on the other hand, may copy [the] plaintiff’s goods slavishly down to the minutest detail: but he may not represent himself as the plaintiff in their sale” “The efficient operation of the federal patent system depends upon substantially free trade in publicly known, unpatented design and utilitarian conceptions. (...) From their inception, the federal patent laws have embodied a careful balance between the need to promote innovation and the recognition that imitation and refinement through imitation are both necessary to invention itself and the very lifeblood of a competitive economy. Bonito Boats, Inc. V. Thunder Craft Boats, Inc., 489 U.S. 141 (1989), O’connor, J., Relator, decisão unânime da Corte. “[t]o forbid copying would interfere with the federal policy, found in Art. I, § 8, cl. 8 of the Constitution and in the implementing federal statutes, of allowing free access to copy whatever the federal patent and copyright laws leave in the public domain.” Compcorp v. Day-Brite Lighting, Inc., 376 U.S. 234, 237 (1964)

²⁸ Palestra do Seminário Internacional sobre Direito Autoral - Fortaleza, de 26 a 28 de novembro de 2008.

²⁹ José de Oliveira Ascensão, Concorrência Desleal, Coimbra: ed; Almedina, 2002, pp. 441/442.

Isso evidentemente não contenta o originador do D0. Tomemos a questão dos “formulários”. Meu cliente no. 1 é um inventor que gera leitores óticos de ler - entre outras coisas - formulários de loteria esportiva e de vestibular. Os competidores americanos dele fazem toda sua receita vendendo formulários, pois lá não há a exclusão explícita que esta no art. 8o. da LDA. Então ele se retorce de raiva porque sua criação não gera exclusiva. E no fundo acha que sou mau advogado.

O pseudo dilema lockeano

Mas tanto nas declarações de direitos humanos (1948, art. 27.2, pacto de São José da Costa Rica, art. 15.1) o trabalho criador merece consagração de seus resultados morais e materiais. Entenda-se: destas últimas, se houver. Estaríamos aqui sob o império da vertente dita lockeana da justificação da propriedade intelectual (que na verdade não encontraria justificativa, mas seguramente pretexto, em John Locke).

Para os efeitos patrimoniais, além da avaliação frígida do mercado, há ainda a consideração da utilidade social do trabalho. Mais ainda, quando há que se afirmar que a cópia livre é um direito fundamental. Ou humano (lembrando do art. 27.1 da declaração de 1948 e do art. 15.1 do Pacto de S. José)³⁰.

Lógico que patrimonialidade e exclusiva não se identificam (como já disse). A exclusiva é uma das modalidades de atender o direito humano de retorno pelo trabalho criativo. Mas o mecenato (do tipo que fruía Haydn no seu tempo, sem exclusiva) também prevê a imputação criação-originador, como o prevê um sistema de prêmio-para-divulgação-geral como recentemente propugnado pela OMS, como o é o domínio público pagante.

De outro lado, não parece claro que a análise lockeana explica em todos os casos essa reação do D0. E isso por uma razão metodológica: não se pode dar eficácia geral a uma questão historicamente determinada. A exclusiva nasce no contexto de uma econômica em que a produção para o mercado é relevante, ou dominante. Mas a questão do D0 precede e talvez suceda esse contexto histórico.

Vejamos um outro paradoxo de D0. A proteção – sentida como necessária – dos conhecimentos tradicionais e outras expressões das comunidades ainda não plenamente integradas na economia de mercado.

Solicitado pelo Ministério da Justiça para participar das discussões sobre o tema, me vi na plenitude desse dilema lockeano (com algumas pitadas de Rousseau). Pois o *leit motiv* era incluir no estatuto do índio algum sucedâneo de exclusiva concorrencial. Criar exclusivas para *criações* intelectuais já existentes, ou seja, não novas³¹. Entendo que essa história de se mirar no modelo de uma proteção de exclusiva de mercado para reconhecer valores reais de criações intelectuais de comunidades externas à economia de mercado é assumir o discurso dos donos de patente. A de que a propriedade é a

³⁰ Minha sensibilidade não chega a dar a mesma solução a uma criação que não foi recebida livremente do domínio público, mas está ainda no campo da relação reservada. Para isso se retorne ao que dissemos de Símaco. Se nem sempre há razão para a patrimonialidade, não encontro fundamento para excluir toda e qualquer criação intelectual do alcance geral da paternidade.

³¹ Pondo-se aqui entre parentes o problema complementar de atribuição da exclusiva a algum sujeito de imputação de direitos *erga omnes*.

solução universal para retribuir a *criação intelectual*.³²

Cabe refletir que, se índio tem direitos humanos, a sociedade como um todo tem direito de acesso ao conhecimento tradicional que pode curar um câncer. Assim, se não se justifica essa proteção às *criações intelectuais* não novas pelo intuito utilitarista de indução à produção, mas pelas várias modalidades do dilema lockeano de retribuição ao trabalho, em face da evanescência que lhe é típica, a intervenção estatal de mais eficiência pareceria ser o pagamento pelo Estado dos benefícios trazidos pela *criação intelectual*.

Em face de todo conhecimento já assimilado, a sociedade tem direito ao domínio público, e o Estado deve (lockeanamente) pagar por isso, sem privatização do ônus de retribuir. Uma exclusiva para garantir a justiça distributiva referente às etnias é tirar acesso à sociedade, diminuir o respeito às comunidades, pois menos gente, e mais caro, vai conhecer as expressões étnicas. Uma outra questão (e historicamente a origem dessas discussões) é de resolver as disparidades das ações estatais quanto a essas *criações intelectuais*.

A opção entre anomia e a exclusiva

Uma opção necessária entre abandonar o DO a um espaço anômico, ou conceder a exclusiva é o que rejeito. DO é necessariamente uma imputação de direito, mas não obrigatoriamente de direito patrimonial; e muito menos de direito patrimonial de efeito exclusivante.

Nossa conclusão é essa: toda *criação intelectual*, nova ou não, individualizada ou não, constitui-se um estado de significação jurídica, que se expressa, necessariamente, mas não só, pela imputação da criação ao seu originador. Há um direito (à escolha: humano, fundamental ou simplesmente de prudência) de imputação dessa criação a uma pessoa. Mesmo quem faz um bolo de milho bem feito tem direito a ser tido como seu cozinheiro.

Desde que, evidentemente, dele eu possa provar.

³² Quanto à universalidade do direito humano à propriedade, e qualquer outra universalidade do gênero, vide Borges Barbosa, Denis, *Universalism as Oppression* (2003). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1031676>: "According to the original notion advanced by Denis Diderot in the Encyclopedia, universal rights should be sought "in the principles of the written law of all organized nations, in the social acts of the savages and barbarians, in the implicit conventions of the enemies of the human gender among them, and even in the indignation and resentment, the two passions that nature generates in the animals to supply the faults of social law or public vengeance". This study advances the argument that any a priori determination of what are universal human rights is tainted. It suggests that even democratic vote, if not truly universal vote, does not cure such a priori stigma. The affirmation of such a priori universals through political or military pressure - or even through international tribunal decisions - also does not overcome its original defects. Our contention is that universals must first be found, and then declared. We have not intended, in this paper, to describe any roster of formal or substantive universals, which we think are indispensable to establish a group of actually legal human rights, as distinguished from its rhetorical status. We understand that this scientific pursuit would be the effective way to build the human rights on a way to respect the diversity of human nature. It would also seem that coerced universalism does not validate, but rather erodes, the human and moral values that a de facto and empiric universalism would perhaps validate. The path that goes from the unilateral universalism to a de facto libertarian universality would follow very simple rules: just apply as traffic rules the principles of freedom and equality both among societies and individuals."