

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

ELAINE TEIXEIRA SEIXAS

**POSSIBILIDADES DE PROTEÇÃO ÀS RECEITAS CULINÁRIAS PELO DIREITO
DE AUTOR: LIMITES E DESAFIOS**

Rio de Janeiro

2020

Elaine Teixeira Seixas

Possibilidades de proteção às receitas culinárias pelo direito de autor: limites e desafios

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação, da Coordenação de Programas de Pós-Graduação e Pesquisa - Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Propriedade Intelectual e Inovação.

Orientador: Prof. Dr. Vinícius Bogéa Câmara

Coorientadora: Profa. Dra. Patrícia Carvalho da Rocha Porto

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE

Autorizo apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Elaine Teixeira Seixas

Possibilidades de proteção às receitas culinárias pelo direito de autor: limites e desafios

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Propriedade Intelectual e Inovação, da Coordenação de Programas de Pós-Graduação e Pesquisa - Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Propriedade Intelectual e Inovação.

Aprovada em de março de 2020.

Orientador: Prof. Dr. Vinícius Bogéa Câmara

Instituto Nacional da Propriedade Industrial

Coorientadora: Profa. Dra. Patrícia Carvalho da Rocha Porto

Instituto Nacional da Propriedade Industrial

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Patrícia Pereira Peralta

Instituto Nacional da Propriedade Industrial

Prof. Sérgio Vieira Branco Junior

Instituto de Tecnologia e Sociedade

Rio de Janeiro

2020

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço todos os dias a Deus, por me manter sã e saudável nos momentos difíceis que passei durante todo o processo de elaboração da presente dissertação.

Em especial, agradeço da mesma forma aos meus pais e aos grandes amigos, pelo apoio e palavras de conforto, fundamentais ao longo destes 03 (três) anos do Mestrado Profissional.

Ao meu orientador, Vinícius Bogéa Câmara por toda ajuda e incentivo, durante esta jornada. À minha coorientadora Patrícia Carvalho da Rocha Porto pelas dicas valiosas, que muito contribuíram no meu trabalho.

Aos funcionários da Academia do INPI pela ajuda, e aos professores pelos conhecimentos adquiridos nas aulas, que serão de grande valia, não só na minha vida profissional como advogada especialista em propriedade intelectual, como também na minha vida pessoal.

Por fim, agradeço à professora Patrícia Pereira Peralta (INPI) e ao professor Sérgio Vieira Branco Júnior (ITS), pelas contribuições que tive o prazer de desfrutar, quando da banca de qualificação desta dissertação, que muito me guiaram para a finalização do trabalho.

RESUMO

SEIXAS, Elaine Teixeira. **Possibilidades de proteção às receitas culinárias pelo direito de autor: limites e desafios**. 2020. Dissertação (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação) – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 2020.

O presente estudo tem por objetivo analisar até que ponto as receitas culinárias, ora apresentadas como supostas novas formas de expressão artísticas, não abrangidas expressamente no rol elencado no artigo 7º da Lei de Direitos Autorais, possuem os requisitos essenciais para o enquadramento como obras intelectuais passíveis de proteção pelo direito de autor, a partir de fundamentos doutrinários e análise de decisões jurisprudenciais em casos decididos pelos Tribunais, enfatizando o caso concreto Aloha X Swell tratado em subcapítulo próprio, visando apontar os pontos positivos e negativos ao considerar as receitas culinárias como obras artísticas. Para tanto relevante analisar a teoria do *negative space*, onde será apresentado que a arte desta indústria criativa tem prosperado, apesar de total ou substancial ausência de *enforcement* com relação aos ativos de propriedade intelectual, trazendo à baila o questionamento acerca da necessidade de proteção, seja pelo direito autoral ou outros ativos de propriedade intelectual. Além disso, faz-se relevante analisar a possibilidade de proteção alternativa às receitas culinárias através de outros ativos de propriedade intelectual, tais como: registro de marcas, *trade dress* ou sigilo.

Palavras-chave: Direito de autor; Receitas culinárias; Proteção legal.

ABSTRACT

SEIXAS, Elaine Teixeira. **Possibilities for protecting cooking recipes by copyrights: limits and challenges.** 2020. Dissertation (Professional Master Degree in Intellectual Property and Innovation) –Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 2020.

The present study aims to analyze the extent to which cooking recipes, presented here as supposed new forms of artistic expression, not expressly listed in article 7 of the Copyright Law, have the necessary requirements for framing them as intellectual works subject to protection by copyright, based on doctrinal and analysis of jurisprudential decisions in cases decided by the Courts, emphasizing the specific case Aloha X Swell treated in its own sub-chapter, aiming to point out the positive and negative points when considering cooking recipes as artistic works. For this purpose, it is relevant to analyze the negative space theory, where it will be presented that the art of this creative industry has prospered, despite the total or substantial lack of enforcement in relation to intellectual property assets, bringing up the question about the need for protection, whether through copyright or other intellectual property assets. In addition, it is relevant to analyze the possibility of alternative protection to cooking recipes through other intellectual property assets, such as: trademark, trade dress or secrecy.

Keywords: Copyright; Cooking recipes; Legal protection.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1. Gran Gateau Paris 6®	65
Figura 2. Crème Brûlée Paris 6®	65
Figura 3. Bela Gil®	66
Figura 4. Bebida do cardápio do restaurante Coco Bambu	69
Figura 5. Sobremesa do cardápio do restaurante Paris 6	70
Figura 6. <i>Layout</i> do Camarões restaurante	71

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABPI	Associação Brasileira da Propriedade Intelectual
ABRASEL	Associação Brasileira de Bares e Restaurantes
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CUB	Convenção da União de Berna
EUA	Estados Unidos da América
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
LDA	Lei de Direitos Autorais
LPI	Lei de Propriedade Industrial
NDA	<i>Non Disclose Agreement</i>
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ONU	Organização das Nações Unidas
REGGA	Registro de Receitas, Produtos e Serviços
TJ/ES	Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
TRIPS	<i>Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights</i>
US	<i>United States</i>
USC	<i>United States Code</i>

SUMÁRIO

Introdução.....	12
1. Panorama teórico do direito de autor	17
1.1. Racionalidade da propriedade intelectual	17
1.2. Surgimento histórico do direito de autor	20
1.3. Definição de direitos de autor e direitos conexos (OMPI e Brasil).....	22
1.3.1. A legislação aplicável aos direitos de autor.....	23
1.4. Natureza jurídica do direito de autor.....	25
1.4.1. Direitos morais e patrimoniais.....	27
1.4.2. Obras protegíveis e não protegíveis.....	29
1.4.3. Obras originárias e derivadas.....	30
1.4.4. Requisitos para a proteção do direito do autor no Brasil.....	31
2. Limites e exceções da proteção do direito de autor	34
2.1. Direito de autor e interesse público	34
2.2. Limites e exceções ao exercício do direito de autor.....	37
2.3. Teoria do uso justo (<i>fair use</i>)	40
3. Receitas culinárias como objeto de proteção pelo direito de autor	43
3.1. O que é uma receita culinária?.....	43
3.2. A teoria da transformação criativa.....	45
3.2.1. Direito de autor e as supostas novas formas de expressão artísticas.....	46
3.2.2. Criações de espírito derivadas de um processo criativo ou simples reprodução de métodos?.....	54
3.2.3. Estudo de caso (Aloha x Swell).....	57
3.3. Teoria do <i>negative space</i>	61
3.4. Alternativas ao direito autoral	64
3.4.1. <i>Trade dress</i> , marca ou sigilo.....	65
Conclusão.....	74
Referências bibliográficas	76

INTRODUÇÃO

O direito de autor é o ramo de direito privado que assegura a proteção às criações de espírito. Em âmbito internacional, destaca-se a Convenção de Berna para proteção das obras literárias, artísticas e científicas (“Convenção de Berna”), de 1886, com adesão de diversos países, inclusive o Brasil, além do Acordo TRIPS (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*), que entrou em vigor no Brasil através do Decreto 1.355, de 30 de dezembro de 1994. No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto é tratado pela Lei Federal nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (“Lei de Direitos Autorais” ou “LDA”) e art. 5º, XXVII da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)¹.

De acordo com a legislação brasileira, o direito de autor visa proteger as obras literárias, artísticas e científicas, e, para tanto enumera um rol de obras intelectuais, que, para entendimento do presente trabalho, podem ser consideradas como obras tradicionalmente protegidas. Entretanto, tendo em vista a mente livre e criativa dos autores, surgem supostas novas formas de expressões artísticas que não constam expressamente no diploma legal.

Questiona-se se este conceito tradicional de obras intelectuais, nos termos dispostos na lei, abarca a proteção de outras formas de expressões artísticas que não as expressamente descritas na LDA. Para fins deste estudo considera-se como “supostas novas formas de expressões artísticas”, exemplificadas, mas não limitadas, as criações de *designers* de moda, tatuagens, truques de magia, direitos autorais em âmbito digital, e, mais especificamente, as receitas culinárias, que será o escopo de estudo deste trabalho.

Importante ressaltar que o artigo 7º da LDA elenca as obras intelectuais protegidas pela lei, como: composições musicais, pinturas, obras fotográficas, esculturas, obras audiovisuais, programas de computador, ilustrações, dentre outras. Por sua vez, o artigo 8º da mesma lei, enumera as obras intelectuais não passíveis de proteção legal pelo instituto do direito de autor, tais como: ideias, sistemas, métodos, esquemas, etc.

Fato é que o artigo 7º da LDA trata de uma enumeração de obras intelectuais meramente exemplificativas. Desta forma, as receitas culinárias², embora não estejam arroladas expressamente no rol de obras intelectuais protegidas pela lei, tampouco se

¹ Art. 5º, XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; (BRASIL, 1988)

² Importante esclarecer a diferença entre as receitas culinárias, objeto deste estudo, e uma compilação de receitas culinárias resultando num livro, que pode ser considerado uma obra literária compreendida no rol do art. 7º da LDA, desde comprovados os requisitos para proteção pelo direito de autor, especialmente sua originalidade.

encontram no rol taxativo do artigo 8º com as obras intelectuais não protegíveis pela lei em vigor.

O presente trabalho concentra-se, primordialmente, em analisar as possibilidades de proteção às receitas culinárias pelo direito de autor, traçando limites e exceções ao exercício desta proteção legal, utilizando entendimentos doutrinários e decisões jurisprudenciais, além da análise do caso concreto decidido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Aloha Alimentos LTDA ME X Swell Sucos e Saladas).

Além disso, importante analisar que a Constituição Federal protege o autor da obra intelectual. Assim, considerando a atual legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro, estariam as receitas culinárias passíveis de tutela pelo direito de autor?

No que tange aos limites e exceções da proteção do direito de autor, o artigo 46 da LDA enumera as hipóteses que não constituem violação a estes direitos, além da conhecida “regra dos três passos” contida na Convenção de Berna, que conta com três exceções, que será objeto de análise em capítulo próprio.

Com relação às hipóteses trazidas pelo artigo 46 da LDA, vale registrar que existem projetos de lei, em tramitação no Congresso Nacional, propondo a ampliação do rol deste artigo, pela utilização do uso justo (*fair use*)³, que consiste num conceito norte americano, que já encontra respaldo em algumas decisões dos Tribunais brasileiros, inclusive Resolução nº 67 da ABPI neste sentido.

Tais limites e exceções encontram respaldo na função social do direito autoral, tendo como pressuposto que o direito autoral não se restringe apenas a estimular a criação, visa o atendimento do direito coletivo de acesso ao conhecimento e à informação. Conforme salienta José de Oliveira Ascensão (2007), a função social do direito autoral determina que este seja exercido de maneira a combinar a vantagem pessoal do autor com a vantagem social (interesse coletivo), gerando uma relação de equilíbrio melhor delimitada.

Em contrapartida ao sistema protetivo do direito de autor, existe a teoria do *negative space* que, a grosso modo, entende que campos referentes à criação e inovação não estão

³ A doutrina do *fair use* foi elaborada pela jurisprudência norte-americana, tendo sido posteriormente consagrada na lei dos direitos de autor (USC § 107). É considerada o limite mais significativo ao exclusivo do titular de direitos. Segundo a lei norte-americana, o *fair use* significa que não constitui violação aos direitos de autor a utilização da obra, incluindo a reprodução, para fins de crítica, comentário, informação, ensino, investigação. Para determinar se a utilização no caso concreto constitui *fair use* devem ser considerados quatro factores: 1º o objectivo e o carácter da utilização, incluindo se tal uso é de natureza comercial ou para fins educativos não lucrativos; 2º a natureza da obra protegida; 3º a quantidade e substancialidade da porção usada em relação à obra protegida como um todo; 4º o efeito da utilização no mercado potencial da obra protegida ou do seu valor (PEREIRA, 2008).

sujeitos à lei de propriedade intelectual, seja por motivos históricos, doutrinários, ou outras razões. (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006).

Cumprе salientar que o presente trabalho é proposto com base em pesquisa de cunho teórico, sendo conduzido pelo método de análise de textos de doutrina e jurisprudência, que permitam a construção de fundamentos envolvendo formas de expressões artísticas, especificamente as receitas culinárias e o direito de autor.

Após a introdução da dissertação, o primeiro capítulo traça um panorama teórico do instituto do direito de autor dividido em subcapítulos, iniciando com uma exposição acerca da racionalidade da propriedade intelectual através de fundamentos morais e econômicos, a partir de pesquisa realizada em artigos de autores como: Penrose & Machlup, Peter Drahos, Tom Palmer.

Em seguida, um subcapítulo sobre o surgimento histórico do direito de autor, apresentando uma breve síntese sobre movimentos relevantes que culminaram nas legislações que tratam do instituto, ressaltando as diferenças entre o sistema francês e o anglo-saxão.

Continuando a explanação teórica sobre o instituto do direito de autor, tem-se a definição, legislação aplicável e a natureza jurídica, que está subdividida em: direitos morais e patrimoniais, obras protegíveis e não protegíveis, obras originárias e derivadas e requisitos para a proteção no Brasil.

O segundo capítulo trata dos limites e exceções da proteção do direito de autor, dividido nos seguintes subcapítulos: (2.1) direito de autor e o interesse público; (2.2) limites e exceções ao exercício do direito de autor; (2.3.) teoria do uso justo (*fair use*).

O terceiro capítulo enfatiza as receitas culinárias, escopo de estudo da dissertação, conceituando com um breve histórico. Aborda a teoria da transformação criativa, que busca demonstrar a origem das supostas novas formas de expressões artísticas, gerando uma discussão se estas criações são realmente derivadas de um processo criativo ou simples reprodução de métodos, e analisa o caso concreto decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

A gastronomia está ligada às técnicas de cocção, harmonização das refeições, do serviço, incluindo todo o ritual da refeição. Assim, podemos dizer que gastronomia é gênero, do qual são espécies: culinária e cozinha. Além disso, observa-se que a doutrina traça diferenças entre receita e “prato”.

Cumprir destacar que autor da receita culinária é a pessoa física que cria a obra culinária⁴ (GUILLÉN, 2016), sendo também intitulado como chef ou cozinheiro para fins do presente trabalho.

O processo criativo para a elaboração da receita é demonstrado através da transformação criativa, que consiste na incorporação de elementos substanciais de uma obra preexistente para geração de uma nova forma de expressão, onde os indivíduos interagem com o patrimônio cultural, buscando inspirações nas receitas de família, lembranças de infância, etc.

O subcapítulo 3.2.1., referente ao direito de autor e as supostas novas formas de expressão artísticas, apresenta os pontos controversos apontados pela doutrina para a proteção das supostas novas formas de expressão artísticas acerca da caracterização destas obras como literárias ou artísticas.

Entendendo como obras artísticas, surge a questão da ponderação da presença da função estética da obra, e não apenas sua função utilitária, discorrendo sobre a necessidade de identificar separadamente as funções estéticas das de cunho utilitário, sendo certo que as receitas culinárias são tradicionalmente reproduzidas para o consumo, com vistas a atender à necessidade corporal de prover calorias.

Outro ponto a ser discutido ainda neste subcapítulo diz respeito à exteriorização da forma das receitas culinárias, pelo fato de serem consideradas perecíveis, ou seja, as criações dos chefs são elaboradas com insumos perecíveis e possuem natureza transitória.

Apesar da jurisprudência majoritária se posicionar no sentido que as receitas culinárias consistem em mera reprodução de métodos ou simples união de ingredientes, argumentando que o autor fica restrito à reprodução destes métodos, não havendo margem para criatividade, observa-se que os chefs possuem um processo criativo, a exemplo, do chef catalão Ferran Adrià, que criou uma pirâmide composta por fases até chegar na obra criativa finalizada, conforme será demonstrado no subcapítulo 3.2.

Fato que a jurisprudência brasileira é escassa com relação ao tema proposto, o caso Aloha X Swell, tratado em subcapítulo próprio, justifica-se, pois analisa as receitas culinárias como obras intelectuais, aduzindo os aspectos positivos e negativos do cabimento da proteção desta forma de expressão pelo instituto do direito de autor.

⁴ La circunstancia de ser autor no es un derecho. Es autor la persona o personas físicas que han creado la obra culinaria. El derecho, lo es al reconocimiento de aquella condición de autor (art. 14.3 TRLPI) y, en consecuencia, de titular originario de la propiedad intelectual sobre la obra (GUILLÉN, 2016, p. 253)

Para tanto, o capítulo terceiro inicia com uma pergunta sobre o que se entende por receita culinária (3.1). Em seguida, introduz o tema referente à teoria da transformação criativa (3.2), subdividido em: (3.2.1) direito de autor e as supostas novas formas de expressão artísticas; (3.2.2) Criações de espírito derivadas de um processo criativo ou simples reprodução de métodos? (3.2.3) Estudo de caso (Aloha x Swell). O subcapítulo (3.3) traz argumentos que justificam a teoria do *negative space*, e analisa como as indústrias que não possuem *enforcement* têm prosperado apesar do *low-IP environment*. E, por último, a análise, com base em decisões jurisprudenciais, de formas alternativas de proteção pelo direito autoral para o autor de obras intelectuais, seja através de marca, *trade dress* ou sigilo.

Por fim, a conclusão e referências bibliográficas, ressaltando que a metodologia estará inserida no texto, não havendo necessidade de um capítulo próprio.

CAPÍTULO 1. PANORAMA TEÓRICO DO DIREITO DE AUTOR

1.1. Racionalidade da propriedade intelectual

De acordo com a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU), propriedade intelectual refere-se às criações da mente: invenções, obras artísticas e literárias, e símbolos, nomes e imagens usados no comércio, sendo os direitos de propriedade intelectual como quaisquer outros direitos de propriedade, permitindo aos criadores ou proprietários de ativos intangíveis, como patentes, marcas ou direitos autorais se beneficiarem dos seus próprios trabalhos ou investimentos em uma criação.

Desta forma, a OMPI considera algumas razões para a proteção destes ativos de propriedade intelectual, apontando que o progresso e o bem-estar da humanidade dependem de sua capacidade de criar e inventar novos trabalhos nas áreas de tecnologia e cultura, incentivo ao compromisso de concessão de recursos para mais inovações, estímulo ao crescimento econômico, criação de novos empregos, melhoria de qualidade de vida⁵.

Nesta mesma linha de pensamento, DRAHOS (1996) leciona que da mesma forma que os demais direitos de propriedade, os direitos de propriedade intelectual são relações entre indivíduos, porém sobre objetos abstratos, que são bens imateriais, e não sobre direitos reais (bens tangíveis). Ou seja, é uma forma de propriedade que permite que objetos abstratos criados (intangíveis) sejam assegurados por interesses privados:

Like other property rights, intellectual property rights are relations between individuals. Unlike real property law, intellectual property law posits rights in abstract objects. An algorithm and the formulae for penicillin and its derivatives are examples of abstract objects. Many people need, use and depend on such objects. Many of the relationships of interdependence that characterize social life and work in modern 'on-line' societies are linked to such objects. A property form that allows private hands to capture important abstract objects creates, amongst other things, many person-dependent relationships in a society. It swells the growth of private power.⁶(DRAHOS, 1996, p. 01)

⁵ Este pensamento coaduna com a Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente no artigo 5º, XXIX, *in fine*: “ Art. 5º, XXIX – A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.” (*grifou-se*)

⁶ Como outros direitos de propriedade, direitos de propriedade intelectual são relações entre indivíduos. Diferentemente da lei de propriedade, a lei de propriedade intelectual abrange direitos em objetos abstratos. Um algoritmo e as fórmulas para penicilina e seus derivados são exemplos de objetos abstratos. Muitas pessoas precisam, usam e dependem de tais objetos. Muitas das relações de interdependência que caracterizam a vida social e o trabalho nas sociedades "on-line" modernas estão

Por muito tempo existiu controvérsia a respeito da proteção dos bens intangíveis⁷. Principalmente no período final da Idade Média ocorre uma crescente ênfase na exploração do conhecimento, tendo a primeira patente sido reconhecida pelo projeto de um navio, em 1421. (SASS, 2016, p.90)

Neste período, os bens intangíveis eram considerados privilégios de monopólios da Coroa. Esta política de prerrogativa Real para garantir privilégios de monopólios culminou no Estatuto dos Monopólios em 1623, que criou a primeira lei de patentes de uma nação moderna, e cresceu fora do sistema de privilégios reais (MACHLUP, PENROSE, 1950).

Com a invenção da prensa, os benefícios pela reprodução e distribuição dos manuscritos foram inicialmente reconhecidos aos editores, aos quais foi outorgado o direito de exclusivos de publicação de determinadas obras, tendo assim os direitos de propriedade intelectual surgido como ferramenta de censura e privilégios conhecidos a um grupo restrito. Assim, por meio da lei, era garantido o monopólio aos editores, e, só algum tempo depois, surgiria uma preocupação em tutelar os interesses dos autores/inventores das obras (SASS, 2016, p.91).

Segundo leciona SASS (2016), o final do século XIX foi determinante para a afirmação do valor de produção da propriedade intelectual na cadeia produtiva, sendo criadas as Uniões de Berna e de Paris com competências administrativas no contexto internacional, porém sem poderes para impor decisões aos Estados. Fazia-se assim, necessária a criação de mecanismos de *enforcement* em matéria de propriedade intelectual para a proteção contra a pirataria e contrafação.

Nesta mesma época, grupos econômicos⁸ começaram a dar uma atenção especial aos efeitos econômicos da proteção dos bens intelectuais. Antes de 1850, os economistas apresentavam opiniões diversas, porém a tendência era pelo movimento a favor do sistema

ligadas a esses objetos. Um formulário de propriedade que permite que interesses privados capturem objetos abstratos importantes cria, entre outras coisas, muitos relacionamentos dependentes de pessoas em uma sociedade. Aumenta o crescimento do poder privado. (tradução nossa)

⁷ Embora a figura dos DPIs não apareça de maneira efetiva até o século XVII, as restrições de acesso aos bens intelectuais – principalmente ao conhecimento – existiram de forma invariável ao longo da história. Nesse sentido, a diferença colocada pelos DPIs está no fato de que eles constituem o meio pelo qual se impõe a regulamentação sobre espaços, elementos ou objetos vinculados ao conhecimento, cujo formato foi moldado pela chegada do mundo moderno capitalista que pretendia normatizar juridicamente um novo direito econômico. É desse modo que se institucionalizou uma nova propriedade que até então era desconhecida – a propriedade intelectual. (SASS, Liz Beatriz, 2016, p. 89-90)

⁸ Cria-se, então, um novo cenário, principalmente no plano internacional, no qual os grupos econômicos passam a demandar cada vez mais por instrumentos capazes de garantir a segurança jurídica para que as tecnologias possam ser comercializadas mundialmente sem correr riscos econômicos (SASS, 2016, p. 92 *apud* PRONER, 2007, p. 32-33).

patentário. Na Europa do século XIX ganhou força o movimento contra o privilégio e o monopólio e pelo livre comércio internacional (MACHLUP, PENROSE, 1950, p. 07).

Diversas correntes teóricas surgiram com o intuito de justificar a razão de ser da propriedade intelectual, sendo que algumas teorias identificam como um direito natural do homem, decorrente do seu labor ou de sua própria personalidade. Por sua vez, outras correntes teóricas buscavam fundamentação no aspecto econômico do sistema de propriedade intelectual, que visa incentivar o conhecimento, e, conseqüentemente, a inovação, desenvolvimento tecnológico e financeiro e concessão de recursos para garantir novas inovações.

Cabe citar algumas destas correntes teóricas com vistas à melhor elucidação acerca do tema. Isto posto, a Teoria do Trabalho ou Lockeana, baseada no pensamento de John Locke, busca recompensar os autores/inventores pelo trabalho intelectual desenvolvido, entendendo que a recompensa pecuniária incentiva o esforço empregado. Assim, o direito de propriedade sobre o bem se justificaria com base no fato de que foi originado através do trabalho de um indivíduo, conforme se depreende do seguinte pensamento:

...the effort that is put into the improvement of nature should be rewarded...The application of effort to produce crops and/or improved resource yields justified the ownership of specific tracts of land by whoever worked to produce such improvement...Locke then argued that there was also a right in disposal, mediated by money. Thus, all property, even after its initial sale or transfer, could be justified on the basis that it had originally been produced through the labor of an individual. More important, property was also justified because it encouraged the improvement of nature through the reward of effort⁹(MAY; SELL 2006, p. 20)

A Teoria Personalista é baseada nos escritos de Hegel¹⁰ argumentando que os direitos de propriedade intelectual se justificam na medida em que protegem a apropriação ou modificação de bens por meio dos quais os autores/inventores expressam um aspecto relevante da sua personalidade. (SASS, 2016, p. 124)

Notadamente, esta teoria ao relacionar o bem intelectual com a personalidade, ressalta o direito moral do autor/inventor, objeto de enfoque no item 1.4.1., que será melhor explanado ainda neste estudo.

⁹ o esforço que é colocado na melhoria da natureza deve ser recompensado ... A aplicação do esforço para produzir colheitas e / ou melhores rendimentos de recursos justificou a propriedade de áreas específicas de terra por quem trabalhou para produzir essa melhoria ... Locke então argumentou que havia também um direito de disposição, mediado por dinheiro. Assim, toda propriedade, mesmo após sua venda ou transferência inicial, poderia ser justificada com base no fato de ter sido originalmente produzida pelo trabalho de um indivíduo. Mais importante, a propriedade também foi justificada porque incentivou a melhoria da natureza através da recompensa do esforço. (tradução nossa)

¹⁰ For Hegel, the state legislates for property as part of its bargain with civil society. Individuals allow the state to operate in certain areas but protect their individuality (and sovereignty) through the limitation that property rights put upon the state vis-à-vis the individual's own life and possessions" (MAY; SELL, 2006, p. 21)

Sob uma perspectiva dos economistas, as Teorias Utilitaristas¹¹ argumentam que a propriedade sobre bens intangíveis se justifica pelos benefícios sociais por ela proporcionados, tais como: prazer, vantagem, bem-estar, felicidade, sendo a partir da plena satisfação das expectativas individuais que se alcança a promoção do bem-estar coletivo.

Ou seja, para a Teoria Utilitarista, é a partir da plena satisfação das expectativas individuais que se alcança a promoção do bem-estar coletivo.

Para esta teoria, a justificativa não é o apelo moral de atribuição de propriedade dos bens intelectuais aos seus autores/inventores, e sim na relação custo-benefício para a sociedade mediante outorga de exclusividades. O sistema de propriedade intelectual se pauta nos incentivos trazidos para a inovação e os consequentes benefícios, maximizando o bem-estar social através do progresso científico e cultural (ROCHA, 2008, p.55)

É fato que todas as teorias supramencionadas não estão isentas de críticas. Todavia, tanto nas teorias que buscam justificar a razão de ser da propriedade intelectual, seja pelo direito natural, ou pela personalidade do autor/inventor do bem intelectual, ou, ainda pelas razões de ordem econômica que advém do próprio sistema de propriedade intelectual, observa-se um ponto em comum, entendendo que os direitos de propriedade intelectual são necessários para a continuidade da capacidade criativa do autor/inventor.

1.2. Surgimento histórico do direito de autor

O surgimento do direito de autor não é pacífico entre os autores, embora tenha notícias de obras e criações de grande valia desde a Antiguidade, os titulares dos direitos não possuíam uma norma protetiva que lhes assegurasse remuneração ou direitos de exclusividade sobre as mesmas.

Na Antiguidade, a espiritualidade da criação, a própria autoria, já havia sido reconhecida. Os gregos já reconheciam a autoria de seus filósofos, que eram geralmente financiados pela elite econômica (SOUZA, 2007). Alguns autores vislumbram a existência dos direitos morais do autor entre os romanos, admitindo-se pleitear reparação em defesa dos interesses da personalidade (BITTAR, 2015, p. 30), através da *actio injuriarum*, com aplicabilidade, por exemplo, em casos de plágio ou uso indevido do nome (SOUZA, 2007).

¹¹ O utilitarismo foi inicialmente introduzido por filósofos como Jeremy Bentham e John Stuart Mill, nos séculos XVII e XVIII. De forma geral, buscava considerar que são desejáveis políticas públicas que maximizam a utilidade social, ou seja, que promovem uma melhoria para uma maior quantidade de pessoas (ROCHA, 2008, p.54)

Havia uma produção e circulação lucrativa de livros, e, conseqüentemente, a demanda por uma proteção, sendo certo que, por volta do século IV o comércio livreiro começou a entrar em declínio, e durante a Idade Média a reprodução se dava principalmente, embora não exclusivamente, nos monastérios, com o objetivo de disseminação de temas religiosos (SOUZA, 2007).

No início da Era Moderna, com a invenção da impressora por Gutenberg, em 1436, tem-se a proteção dos direitos de criação concedidos pela Coroa aos livreiros, que consistiam em privilégios na reprodução e distribuição de material impresso, por tempo determinado, porém renovável (SOUZA, 2005).

Fato é que estes privilégios não eram direitos autorais propriamente ditos, e sim considerados como direitos editoriais, havendo conflitos envolvendo os editores e os autores acerca da titularidade dos direitos de reprodução, o modo de transmissão, bem como o prazo para exercício destes direitos.

Por um longo tempo os privilégios foram foco de debates, que tiveram influência na criação do Estatuto da Rainha Ana (*Statute of Anne*), promulgado em 10 de abril de 1710, com a função de regulamentar o comércio de livros. Entretanto não foi o primeiro ato a nortear o tema dos direitos autorais na Inglaterra, uma vez que já haviam normas jurídicas promulgadas anteriormente, que não foram consideradas relevantes, tendo em vista que possuíam caráter fundamentalmente de leis de censura. (PATTERSON, 1968)

Assim, na Inglaterra, no final do século XVIII, os direitos de cópia são classificados como propriedade de titularidade dos autores, além do período de duração de licença, que passa de perpétuo para um período limitado.

Nos Estados Unidos a matéria foi regulamentada na Constituição norte-americana, em 1783, precedida de leis estaduais, e, posteriormente a edição da lei federal, através do *Copyright Act* de 1790. (SOUZA, 2005)

Na França, em 1777, o Conselho do Rei reconhece os autores como proprietários, com o objetivo de remunerar os autores pelos seus trabalhos (SOUZA, 2005). Em seguida, leis de 1793 reconhecem direitos exclusivos ao profissional criador para execução de obras dramáticas, propriedade dos escritos, composições de músicas, pinturas e desenhos. (BITTAR, 2015).

Estes movimentos deram origem aos sistemas jurídicos do “*Droit d’Auteur*”, na França e do “*Copyright*”, na Inglaterra. De acordo com SOUZA (2007), neste período restou superado o conceito de privilégio concedido pelos monarcas, enquadrando os direitos autorais

como propriedade natural, cujos conteúdos são os direitos de representação e reprodução, onde o titular é o criador de qualquer obra artística.

Os sistemas Francês (“*Droit d’Auteur*”) e o Anglo-Saxão (“*Copyright*”) de direitos autorais possuem raízes e fundamentos históricos e filosóficos distintos, existindo diferenças significativas no que tange aos direitos morais.

O sistema francês consagra uma proteção bastante forte aos direitos morais do autor e exerce sua influência sobre legislações de vários países da Europa Continental e do mundo, como o Brasil, conforme se depreende do seguinte artigo:

Destaque entre as revoluções sociais, a Revolução Francesa trouxe importantes acréscimos à matéria de direitos autorais, dando contornos a estes até os dias atuais. A França trouxe o papel moral do autor à tona, através de regras até então inéditas relativas à propriedade de obras literárias, musicais e de artes plásticas. A inalienabilidade dos direitos autorais- como a integridade e o ineditismo – foi a grande novidade trazida no bojo da revolução. Neste entorno, ainda que o autor ceda todos os seus direitos patrimoniais atinentes à sua obra, ele não pode ceder seus direitos morais, ou seja, os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis, podendo ser protegidos até mesmo após a morte deste autor, com a transferência desses direitos para os herdeiros e sucessores legais. (OLIVEIRA, 2017)

Em contrapartida, o sistema anglo-saxão (*copyright*), do qual deriva, por exemplo, a legislação norte-americana, confere aos autores pouquíssima tutela em relação aos direitos morais, conforme continuação do artigo supramencionado:

No modelo estadunidense do *copyright*, diretamente derivado do modelo britânico, a prioridade é a materialidade do objeto de proteção. O critério da imaterialidade, ou seja, o critério moral do ato de criar, que no sistema francês já gera direitos, não é vislumbrado formalmente no direito do autor americano, onde a flexibilidade é aplicada caso a caso. (OLIVEIRA, 2017)

1.3. Definição de Direitos de Autor e Direitos Conexos (OMPI e Brasil)

É comum se referir aos direitos autorais como gênero, de que são espécies o direito de autor e os direitos conexos. A LDA define autor como a pessoa física criadora de obra

literária, artística ou científica, podendo a proteção ser aplicada às pessoas jurídicas em casos previstos na lei ¹². Conforme leciona Sérgio Branco:

Os direitos de autor são, assim, aqueles conferidos ao criador da obra literária, artística ou científica. Já os direitos conexos são os detidos pelos artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos ou empresas de radiodifusão, aos quais são conferidos os mesmos direitos atribuídos aos autores, no que couber (BRANCO, 2011, p.40).

Assim, enquanto os direitos de autor são conferidos ao criador da obra literária, artística ou científica, tais como: compositores, pintores, escultores, etc; os direitos conexos referem-se aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos ou empresas de radiodifusão, compreendidos os intérpretes musicais, adaptadores, dentre outros, nos termos do art. 5º, XIII da LDA ¹³.

Desta forma, o art. 89 da LDA estende a aplicação da sistemática do direito autoral aos direitos conexos, ao dispor que “as normas relativas aos direitos de autor aplicam-se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão”.

Segundo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), direito de autor é o termo legal usado para assegurar direitos aos criadores de obras literárias e artísticas. As obras protegidas pelo direito de autor abrangem, mas não se limitam a poemas, jogos, músicas, pinturas, esculturas, filmes, programas de computador, base de dados, propagandas, mapas e desenhos técnicos.

A OMPI refere-se aos direitos conexos como intimamente relacionados ao direito de autor para proteção dos direitos dos artistas em suas performances, produtores fonográficos por suas gravações e organizações de radiodifusão em rádio e programas de televisão.

1.3.1. A legislação aplicável aos direitos de autor

¹² Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei. (BRASIL, 1998)

¹³ Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: XIII - artistas intérpretes ou executantes - todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore. (BRASIL, 1998)

Atualmente existem diversas legislações que tratam de direitos autorais. Em âmbito internacional, temos a Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, doravante simplesmente Convenção de Berna, que entrou em vigor no Brasil, em 20 de abril de 1975 (Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975), consistindo numa união entre países contratantes para a proteção das obras literárias e artísticas, concluída em 1886 e revista em Paris, em 1971.

A Convenção de Berna é administrada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU), e atualmente conta com 175 países signatários¹⁴.

A Convenção de Berna assegura a proteção a obras literárias e artísticas, incluindo-se entre aquelas as de caráter científico, qualquer que seja seu modo de expressão (BARBOSA, 2010, p. 172).

Importante destacar alguns pontos apresentados pela Convenção, tais como: em seu item 1, do artigo 6 *bis*¹⁵, estão previstos a proteção dos direitos patrimoniais, sendo que o prazo de proteção destes, ressalvando algumas exceções pontuais, é limitado ao mínimo de toda a vida do autor, além dos cinquenta anos subsequentes.

Por fim, ainda no cenário internacional, temos o Acordo TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) que tornou a Convenção de Berna obrigatória em 1971 (BARBOSA, 2010, p. 172).

Em âmbito nacional, inicialmente, cumpre registrar que a Constituição Federal de 1988¹⁶ considera a proteção autoral como direito fundamental, sendo tratada no Título dos direitos e garantias fundamentais, pertencendo ao autor o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução das obras.

¹⁴ *vide* <https://pt.copyright.org/paises-convencao-de-berna>

¹⁵ Artigo 6 bis - 1) Independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação...

Artigo 7 - 1) A duração da proteção concedida pela presente Convenção compreende a vida do autor e cinquenta anos depois da sua morte.)

¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; (BRASIL, 1988)

Regulamentando a Constituição Federal, a LDA, é uma lei federal, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais (direitos de autor e conexos), de 19 de fevereiro de 1998.

Tal como na Convenção de Berna, a LDA prevê a proteção dos direitos morais e patrimoniais do autor, sendo estes últimos com prazo de duração de setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento¹⁷, ou seja, possui um prazo maior do que o disposto na Convenção de Berna.

No que tange à proteção da propriedade intelectual dos programas de computador (*software*), embora não seja o objeto de estudo deste trabalho, vale registrar que o mesmo é regulado por lei própria, Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que remete o regime de proteção à LDA, porém trazendo algumas peculiaridades em seu texto, como, por exemplo a ausência de proteção aos direitos morais, conforme se depreende do seu artigo 2º¹⁸.

1.4. Natureza jurídica do direito de autor

A doutrina não é pacífica com relação à natureza jurídica do direito de autor, sendo as principais correntes aquelas que os classificam como: (i) propriedade; (ii) direito de exclusivo; (iii) monopólio e (iv) direito *sui generis*.

Gama Cerqueira (1946) é um dos autores que entendem que a propriedade intelectual, compreendendo os direitos autorais e propriedade industrial, cujos objetos tratados são bens intangíveis/incorpóreos, seja tratada como propriedade:

¹⁷ Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. (BRASIL, 1998)

¹⁸ Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

§ 1º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

§ 2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

§ 3º A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

§ 4º Os direitos atribuídos por esta Lei ficam assegurados aos estrangeiros domiciliados no exterior, desde que o país de origem do programa conceda, aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil, direitos equivalentes.

§ 5º Inclui-se dentre os direitos assegurados por esta Lei e pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País aquele direito exclusivo de autorizar ou proibir o aluguel comercial, não sendo esse direito exaurível pela venda, licença ou outra forma de transferência da cópia do programa.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos casos em que o programa em si não seja objeto essencial do aluguel. (BRASIL, 1998)

Em nosso estudo, seguindo método diferente, procuramos estabelecer a unidade entre os diversos institutos da propriedade industrial e entre esta e a propriedade literária e artística, demonstrando que todos esses direitos se caracterizam como direito de propriedade, como as mesmas notas da propriedade de direito comum, apenas diversificando em relação ao seu objeto, que é ‘incorpóreo’. Daí o nome de ‘propriedade imaterial’, que distingue essa propriedade. (GAMA CERQUEIRA, 1946, p.351).

Entretanto, a partir da divisão do direito de autor em dois grupos, quais sejam, direito moral e patrimonial, conforme mencionado no item anterior, afasta-se a natureza jurídica de propriedade do direito de autor, uma vez que, o direito moral, que surge com a criação da obra intelectual é um direito personalíssimo, não passível de transferir a sua propriedade a terceiros. Ou seja, apenas no que tange ao direito patrimonial, seria possível considerar o direito de autor como propriedade.

Sérgio Branco coaduna com o entendimento de José de Oliveira Ascensão considerando ser mais abrangente tratar o Direito de Autor como direito de exclusivo:

(...) concordamos com Ascensão e entendemos que os direitos autorais têm por natureza jurídica ser um direito de exclusivo. O direito é conferido pela lei e não por emanção de um suposto direito natural. O direito exclusivo é adequado para justificar tanto (i) o direito patrimonial, que não é direito de propriedade, ainda que seja um direito, como o próprio nome diz, economicamente aferível, quanto (ii) o direito moral, que não é direito da personalidade, ainda que seja um direito pessoal – que inclusive lhe serviria de nomenclatura mais adequada (BRANCO, 2013, p.26).

Existem ainda entendimentos doutrinários apontando que os direitos de propriedade intelectual (*lato sensu*) teriam natureza de monopólio. Importa observar que este instituto guarda semelhanças com a ideia de exclusiva, restando necessário apontar brevemente seus pontos de distanciamento. Para tanto, destaca-se o comentário de Denis Borges Barbosa:

Tal se dá, provavelmente, porque o titular da patente, ou da marca, tem *uma espécie de monopólio* do uso de sua tecnologia ou de seu signo comercial, que difere do monopólio *stricto sensu* pelo fato de ser apenas a exclusividade legal de uma oportunidade de mercado (do uso da tecnologia, etc.) e não — como no monopólio autêntico — uma exclusividade de mercado. Exclusividade a que muito freqüentemente se dá o nome de propriedade, embora preferamos usar as expressões descritivas “monopólio instrumental” ou “direitos de exclusiva”. (BARBOSA, 2009, p.25)

Por fim, a teoria prevalente na doutrina entende que o direito de autor é considerado como um Direito Autônomo, *sui generis*, em face de diferentes fatores e de elementos

estruturais próprios (BITTAR, 2015), sendo um misto de direitos reais com direitos da personalidade, conforme leciona:

(...)os direitos morais não se cingem, nem à categoria dos Direitos Reais, de que se revestem apenas os direitos denominados patrimoniais, nem à dos direitos pessoais, em que se alojam os direitos morais. Exatamente porque se bipartem nos dois citados feixes de direitos – mas que, em análise de fundo, estão, por sua natureza e sua finalidade, intimamente ligados, em conjunto incindível – não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem nova modalidade de direitos privados.

São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais, quanto patrimoniais, do autor com sua obra, de índole especial, própria, ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual (...) (BITTAR, 2015, p. 69)

1.4.1. Direitos morais e patrimoniais

Os direitos autorais se subdividem em dois grupos de direitos que, não obstante diferentes, são interligados: direitos morais e direitos patrimoniais¹⁹. Cabe destacar que duas teorias são adotadas, denominadas teorias monistas e dualistas. A primeira apresenta o direito de autor como um direito unitário, combinando aspectos de natureza moral e pecuniária num só direito. Por sua vez, a teoria dualista trata os aspectos personalíssimo e pecuniário de forma distinta, entendendo que são institutos jurídicos diversos.

Considera-se direitos morais, os direitos de personalidade, frutos da emanção da personalidade do autor, isto é, não podendo ser objeto de quaisquer negociações contratuais, sendo certo que trata-se de direitos personalíssimos, impossibilitando a cessão dos mesmos a terceiros. Por sua vez, os direitos patrimoniais são aqueles relacionados às possibilidades de aproveitamento econômico da obra protegida²⁰.

¹⁹ O Direito de Autor possui duas naturezas diversas, ou seja, o *jus in rem* e o *jus in personam*, as quais não se confundem, mas coexistem em harmonia para este ramo do direito. As características do *jus in rem* e do *jus in personam* são a alienabilidade do primeiro e a indisponibilidade do segundo, o qual jamais se afasta ou pode ser afastado do autor da obra. (LEITE, 2004 *apud* BRANCO, 2011, p. 40)

²⁰ Direitos patrimoniais são aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, se manifestam, em concreto, com a sua comunicação ao público, e o poder que o autor, ou os autores, tem de colocar a obra em circulação” (BITTAR, 2015, p.71).

Estes direitos encontram previsão na LDA, ou seja, os direitos morais do autor (artigos 24 a 27), e os direitos patrimoniais do autor (artigos 28 a 45), sendo relevante ressaltar que a doutrina entende que o rol dos direitos patrimoniais elencados na LDA, é meramente exemplificativo.

O artigo 27²¹ dispõe expressamente que os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis, características inerentes aos direitos da personalidade.

O art. 24²² consagra os seguintes direitos morais de autor: direito de paternidade; direito ao ineditismo; direito à integridade; direito de modificação; direito de arrependimento; e direito de acesso.

Quanto às características dos direitos patrimoniais previstas pela LDA, enumeram-se: alienabilidade, temporaneidade, penhorabilidade, prescritibilidade, dentre outras. Nesse contexto, entende-se que os direitos patrimoniais de autor são passíveis de transmissão de sua titularidade para terceiros, através de contrato (oneroso ou gratuito) e sucessão.

Nota-se que os principais direitos patrimoniais, tais como: reprodução, edição, adaptação, dentre outros, estão previstos no art. 29²³ da LDA.

²¹ Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis. (BRASIL, 1998)

²² Art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV. § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público. § 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem. (BRASIL, 1998)

²³ Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral; II - a edição; III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; IV - a tradução para qualquer idioma; V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário; VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas; IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas. (BRASIL, 1998)

1.4.2. Obras protegíveis e não protegíveis

Inicialmente, cumpre salientar dois pontos importantes com relação ao procedimento para o registro das obras intelectuais. O primeiro é que as ideias não são registráveis tampouco protegidas, sendo necessário que se transformem em criações, e, conseqüentemente sejam materializadas.

O segundo ponto é que a proteção autoral independe de registro²⁴, entretanto o registro é importante para dar publicidade a terceiros acerca da autoria da obra intelectual, assegurando que não sejam utilizadas sem prévia autorização, registradas ou plagiadas por terceiros.

O registro no direito de autor possui natureza declaratória, ou seja, o direito exclusivo nasce com a criação da obra intelectual, não dependendo de qualquer declaração estatal. Assim, importante transcrever, as lições de Denis Barbosa:

A primeira regra é, aqui, o da inexistência de qualquer formalidade para obter a proteção; para países, como o Brasil, onde se prevê o registro da obra, este é apenas *ad probandum tantum*, e completamente opcional. Assim, o resultado deste princípio é que – ao contrário do que ocorre, por exemplo, no tocante às patentes- o direito exclusivo nasce da criação, e, não de qualquer declaração estatal...” (BARBOSA, 2010, p. 173)

Contudo, existem órgãos competentes para o registro das obras intelectuais de acordo com a sua natureza, seja na Biblioteca Nacional, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

A LDA entende como obras intelectuais passíveis de proteção legal, as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

Em seguida, o artigo 7º²⁵ elenca um rol, considerado exemplificativo, de obras intelectuais passíveis de registro.

²⁴ Art. 18. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro. (BRASIL, 1998)

²⁵ Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

Em contrapartida, o art. 8º²⁶ elenca as obras intelectuais que não são consideradas passíveis de registro.

Diante do que expõe a lei, a doutrina²⁷ entende que o rol do artigo 7º não é exaustivo. Assim sendo, pode-se concluir que para a obra intelectual merecer proteção legal, faz-se necessário que não se encontre elencada entre as hipóteses do art. 8º, ainda que não estejam expressamente previstas no rol do artigo 7º.

Neste mesmo contexto de rol meramente exemplificativo, a Convenção de Berna tem por alcance objetivo de proteção, obras que vão além daquelas que possuem um objeto tradicional de proteção, isto é, livros ou esculturas, mas também multimídia, produções a laser ou qualquer outra criação com auxílio de tecnologias futuras (BARBOSA, 2010, p. 172)

Assim, em tese, as receitas culinárias, embora não estejam expressamente elencadas no art. 7º, também não há que se falar na impossibilidade da sua proteção, uma vez que o legislador não imputou o impedimento ao registro no rol do art. 8º, restando ponderar se estão ou não inseridas na noção de supostas novas formas de expressão artísticas, o que será desenvolvido no decorrer do presente trabalho.

1.4.3. Obras originárias e derivadas

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;
 VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;
 VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;
 IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;
 X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;
 XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
 XII - os programas de computador;
 XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. (BRASIL, 1998)

²⁶ 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;
- II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios;
- III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções;
- IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;
- V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas;
- VI - os nomes e títulos isolados;
- VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras. (BRASIL, 1998)

²⁷ A Convenção, e uma série de leis nacionais, inclusive a brasileira, ao listar as obras suscetíveis de proteção, enfatiza que a relação é meramente exemplificativa. (BARBOSA, 2010, p. 172)

As obras intelectuais são classificadas em obras originárias e derivadas, com as respectivas definições constantes do art. 5º da LDA²⁸.

As obras originárias ou primígenas consistem em obras intelectuais criadas por um determinado autor, sendo as obras derivadas, a transformação de uma obra originária, podendo ser adaptadas, transformadas, e, ao final, resultando na criação de uma obra intelectual nova (transformação criativa).

Ocorre a transformação criativa quando há a contribuição pessoal do autor da obra derivada, embora tal aporte criativo não seja o único elemento legitimador do uso da obra preexistente”. (SANTOS, 2011, p. 141)

Entretanto, apesar da obra derivada ser considerada uma obra nova, esta depende de prévia autorização do autor original, para que possa haver qualquer tipo de transformação na criação original²⁹.

Além da previsão na LDA, cabe destacar que o item 3, art. 2º³⁰ da Convenção de Berna também faz distinção, porém prevendo a proteção para ambas, onde as obras derivadas serão protegidas como originais, sem prejuízo dos direitos do autor da obra original. Conforme leciona Denis:

(...)haverá proteção não só para as obras originárias (o que é diferente de originais) como para as derivadas – como as traduções, etc – realizadas sob autorização (CUB, art. 2-3 3 2-4) (BARBOSA, 2010, p. 172)

1.4.4. Requisitos para a proteção do direito de autor no Brasil

De acordo com o sistema legislativo brasileiro para que as obras intelectuais, assim entendidas as obras literárias, artísticas e científicas, possam ser protegidas pelo direito de autor, faz-se necessário que sejam exteriorizadas e consideradas originais.

28 Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: f) originária - a criação primígena; g) derivada - a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária; (BRASIL, 1998)

²⁹ Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: ... III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

³⁰ 3) são protegidas como obras originais, sem prejuízo dos direitos do autor da obra original, as traduções, adaptações, arranjos musicais e outras transformações de uma obra literária ou artística. (BRASIL, 1998)

Como já mencionado, enquanto a criação de espírito não sair do campo das ideias para ser inserida no mundo fático, materializada numa obra intelectual não estará protegida pelo direito de autor. A doutrina denomina o campo das ideias de *corpus mysticum*, e após a materialização da obra intelectual, o bem físico é denominado de *corpus mechanicum*.

Outro ponto a ser considerado é que a emanção criativa do autor pode resultar em obras intelectuais de cunho estético ou de cunho utilitário. As primeiras são submetidas ao regime do direito de autor, sendo as segundas ao regime do direito de propriedade industrial, entendidas como produtos para aplicação industrial, como inventos ou desenhos, podendo ser protegidos através de patentes ou desenhos industriais, senão vejamos:

Não resta dúvida que a criação estética no campo das artes plásticas merece a tutela da lei de direitos autorais, não só com relação às obras de desenho, pintura e escultura, como, também, quando tais obras consistem em projetos e modelos(...)um registro de desenho industrial poderá ser obtido, por outro lado, para formas novas, às quais falte cunho artístico, sujeitas apenas aos requisitos de novidade e caráter industrial, caso em que tal criação não é objeto de tutela do direito de autor, por lhe faltar o requisito de valor artístico. (SILVEIRA, 2012)

A originalidade é o requisito que, de fato, caracteriza que a obra intelectual restou materializada a partir da mente criativa do autor³¹. No entanto, embora o critério para determinar a criatividade seja subjetivo, deve-se considerar o quão original a obra intelectual representa para a proteção do direito de autor.

Ou seja, para a caracterização da originalidade não é necessário que a criação possua uma novidade absoluta, bastando conter um elemento capaz de diferenciar a obra daquele autor dos demais, devendo apenas apresentar um contributo mínimo³² de criatividade capaz de tornar a obra intelectual nova diferenciada.

Adentrando um pouco nos critérios para determinação da originalidade da obra intelectual, há a perspectiva de que não há criação do nada, ou seja, os efeitos do comportamento criativo de alguém em relação ao mundo exterior vêm da interação com o mundo exterior (GRAU-KUNTZ, 2012).

Desta forma, a criação de uma nova obra intelectual está vinculada a fatos e experiências anteriormente vivenciadas pelo autor, sendo fruto de conhecimento e interação social, conforme leciona GRAU-KUNTZ:

³¹ A criatividade é, pois, elemento ínsito nessa qualificação: a obra deve resultar de esforço intelectual, ou seja, de atividade criadora do autor, com a qual introduz na realidade fática manifestação intelectual estética não-existente (o *plus* que acresce ao cerne comum) (BITTAR, *apud* BRANCO, 2007,p.44)

³² A expressão “contributo mínimo” é denominada por Denis Borges Barbosa para verificação de grau mínimo de originalidade. Já Karin Grau-Kuntz chama de contribuição reflexivo-transformadora.

O conhecimento explícito pressupõe o conhecimento implícito. E o conhecimento implícito, por sua vez, está intimamente vinculado a fatos e experiências anteriormente vivenciadas ou, de forma mais ampla, ao contexto sociológico-cultural do sujeito do conhecimento. Em outras palavras, o conhecimento intuitivo necessário para a compreensão da fotografia de Whitehead, conhecimento este que traduz um pressuposto do conhecimento explícito, não é adquirido por meio de contribuições individuais, mas antes através da interação social. (GRAU, KUNTZ, 2012, p. 21)

Sobre esta questão, verifica-se, na prática, que as decisões judiciais têm rechaçado a proteção do direito de autor às receitas culinárias, objeto deste estudo, considerando que constituem mera união de ingredientes ou reprodução de métodos ou ainda desdobramento de receitas já conhecidas, e, por sua vez, não apresentam o requisito da originalidade, conforme trecho da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo em ação judicial sobre exclusividade no uso de sobremesa, senão vejamos:

No caso em tela, a receita culinária desenvolvida pela ré não consiste em verdadeira invenção, pois não preenche qualquer dos requisitos acima especificados: não é nova ou original, pois mero desdobramento de receita mundialmente conhecida, decorre de maneira evidente do estado da técnica, pois consiste em ligeira variação de fórmula já sabida, além do que não é passível de aplicação industrial. (TJ/SP- Apelação Cível nº 1114716-29.2014.8.26.0100 – Relator Des. Francisco Loureiro – 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial – Data do Julgamento: 21/09/2016) (*grifou-se*)

No mesmo sentido, entendendo que o conceito de originalidade consiste na exigência que as obras intelectuais possuam alguns indícios mínimos de criatividade por parte do autor, concluindo que as receitas culinárias, do caso em tela, não demonstraram tal requisito, cabe transcrever um trecho da decisão paradigma do direito comparado, julgada pelo Tribunal de Apelação dos Estados Unidos, no caso *Publications International, Limited x Meredith Corporation*:

The recipes contained in DISCOVER DANNON do not contain even a bare modicum of the creative expression, i.e., the originality, that is the “sine qua non of copyright”. Fiest, 499 U.S. at 345, 111 S. Ct at 1287. Meredith’s compilation copyright in DISCOVER DANNON therefore may not extend to cover the individual recipes themselves, only the manner and order in which they are presented. Because the record demonstrates that the PIL publications offer these recipes in substantially form and in a manner and order different from that found in DISCOVERY DANNON, we hold that Meredith has not demonstrated the requisite likelihood of success on the merits. The preliminary injunction entered by the district court is therefore VACATED³³.

³³ As receitas contidas em DISCOVER DANNON não contêm nem um mínimo da expressão criativa, ou seja, a originalidade, que é a “condição sine qua non dos direitos autorais”. Fiest, 499 EUA, 345, 111 S. Ct em 1287. Portanto, os direitos autorais da compilação de Meredith em DISCOVER DANNON não podem ser entendidas como receitas individuais, apenas a maneira e a ordem em que são apresentadas. Como o registro demonstra que as publicações do PIL oferecem essas receitas de forma substancial, de maneira e em ordem diferentes da encontrada em DISCOVERY DANNON, sustentamos

CAPÍTULO 2. LIMITES E EXCEÇÕES DA PROTEÇÃO DO DIREITO DE AUTOR

2.1. Direito de autor e interesse público

Os direitos de propriedade industrial (patentes, marcas, nomes empresariais, etc) estão sujeitos a condições especialíssimas de funcionalidade (a *cláusula finalística*), compatíveis com sua importância econômica, estratégica e social. (BARBOSA, 2010, p.164)

Os direitos autorais também se sujeitam às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum – a função social da propriedade (Art. 5, XXIII da CRFB - XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade), no que concerne aos direitos patrimoniais. Por sua vez, estas limitações constitucionais não atingem os direitos morais tampouco da personalidade do autor, que são personalíssimos, portanto intransmissíveis, conforme já explanado.

Reconhece Denis Borges Barbosa que a relação entre os interesses do autor e os da sociedade é complexa, passando por duas questões principais: (i) a relação de competição no mercado, alterada pelas restrições próprias aos direitos exclusivos; (ii) e o equilíbrio da proteção em face dos interesses da liberdade de expressão e do direito à fruição do intelecto (BARBOSA, 2010, p. 165).

Uma visão clássica e mais rígida do sistema de propriedade intelectual como um todo, e, portanto, para o direito de autor utiliza uma matriz de justificação teórica baseada na ideia de incentivo à criação, ou seja, aos criadores são concedidas determinadas prerrogativas para que continuem sendo estimulados a desempenhar suas atividades, gerando como resultado último uma constante ampliação do patrimônio cultural. Não obstante, o tema guarda relação com os direitos fundamentais, previstos na CRFB (art. 5º), em especial o direito à informação³⁴, à cultura³⁵, à educação.³⁶

que Meredith não demonstrou a probabilidade necessária de sucesso nos méritos. A medida liminar proferida pelo tribunal distrital é portanto VAGA. (tradução nossa)

³⁴ Art. 5º, XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. (BRASIL, 1988)

³⁵ Art. 215 – O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e difusão das manifestações culturais. (BRASIL, 1988)

Sobre o tema, posiciona-se Carlos Affonso Pereira de Souza:

O direito autoral não se presta apenas a estimular a criação. Não se trata de um complexo instrumento cuja finalidade única é manter autores incentivados a criar, gerando assim o resultado benéfico de aumento do patrimônio cultural. Existe outra função desempenhada pela tutela autoral, que distintamente do que ocorre com essa primeira função, não possui como metodologia a concessão de formas de estimular a atividade criativa por parte dos autores, geralmente através da outorga de prerrogativas que podem ser convertidas em retorno financeiro. A chamada função social do direito autoral tem como pressuposto o atendimento do direito coletivo de acesso ao conhecimento e à informação, o que de imediato relaciona essa função ao exercício de direitos fundamentais como o direito à informação, à educação e à cultura. (SOUZA, 2011, p.664-665)

Observa-se que o instituto do direito de autor também se presta a atender a uma função social, em contraponto ao interesse privado do autor da obra, apresentando, desta forma, um binômio interesse público X interesse privado, e ignorar a funcionalização do direito de autor seria relegar o direito coletivo de acesso ao conhecimento, informação, cultura, educação, desenvolvimento econômico e tecnológico, a um plano secundário frente aos interesses privativos da pessoa do autor.

Desta forma, embora haja entendimentos no sentido de que os direitos autorais são um monopólio concedido em favor do autor, o cerne da questão reside no fato que o exercício do direito autoral não é absoluto, sob pena de restar prejudicado o acesso às garantias constitucionais, já mencionadas, como a cultura, conhecimento, informação, inclusive coibindo a livre circulação de ideias, que possam servir como base para futuras criações. Assim sendo, na hipótese de conflitos entre interesses (binômio interesse público X interesse privado) deve-se buscar uma ponderação, um meio termo para acomodar as particularidades econômicas dos direitos autorais e sua função social, conforme leciona Sérgio Branco:

Entendemos que o meio termo deve ser buscado. Em princípio, e em linhas gerais, os direitos autorais têm a nobre função de remunerar os autores pela sua produção intelectual. De contrário, os autores teriam que viver, em sua maioria, subsidiados pelo Estado, o que tornaria a produção cultural infinitamente mais difícil e injusta. Por outro lado, os direitos autorais não podem ser impeditivos ao desenvolvimento cultural e social. Conjugando os dois aspectos, numa economia capitalista, globalizada e, não bastasse, digital, a função árdua e que devemos, entretanto, nos dedicar. É na interseção dessas premissas, que devem abrigar ainda os interesses dos grandes grupos capitalistas e dos artistas comuns do povo, bem como dos consumidores de arte, qualquer que seja sua origem, que temos que acomodar as particularidades econômicas dos direitos autorais e buscar sua função social. (BRANCO, 2007 p. 61)

³⁶ Art. 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988)

Guilherme Carboni (2006), citando Isabel Vaz, aduz que o princípio da função social aplicado sobre os bens intelectuais protegidos pelo direito de autor manifesta-se por meio de limitações ao seu aspecto meramente patrimonial, já que os direitos morais de autor, por serem direitos personalíssimos, não seriam -em tese- suscetíveis de limitação por parte do Estado.

Entendendo que a função social do direito autoral tem como pressuposto o atendimento do direito coletivo de acesso à informação, corolário de conhecimento e à cultura, vale debruçar brevemente sobre estes.

Com relação ao direito de acesso à informação, nasceu como uma garantia de liberdade individual, um direito subjetivo do indivíduo de manifestar o próprio pensamento. Mas, ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação (SILVA, 2000, p.263)

De tal forma o interesse público quanto ao direito à informação está presente nas obras culinárias, cabendo citação independentemente de autorização do autor, como, por exemplo, em críticas gastronômicas, seja por meio impresso ou digital, conforme leciona GUILLÉN, 2016:

Las obras culinárias también pueden ser objeto de utilización cuando así lo justifique una finalidad informativa sobre un tema de actualidad (art. 35.1 TRLPI). La obra culinária em su forma representativa puede incorporarse em la prensa impresa o digital, sobretudo em la especializada del sector, y principalmente son las fotografías de las obras las que suelen incluirse entre las informaciones de actualidad. Y también la captación, a través de medios audiovisuales, de la ejecución personal de una obra culinária por um chef, puede incorporarse entre las informaciones de temas de actualidad. En El amplio concepto de “información sobre acontecimientos de actualidad” también debería incluirse la crítica gastronómica, pues el acontecimiento de actualidad puede focalizarse sobre la propia obra.

La reproducción de la obra culinária em su forma sensible característica deficitamente podrá justificar la “finalidad informativa” que respalda la excepción legal, sin perjuicio de que la utilización de la obra culinária solo estará amparada por el limite del art. 35.1 TRLPI em la medida em que no cause um perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o vaya em detrimento de la explotación normal de las obras (art. 40 bis TRLPI). Em todo caso, y aunque la ley no lo establezca expresamente, deberá respetarse el derecho moral del autor, citándose su nombre e indicando la fuente³⁷. (GUILLÉN, 2016, p.243).

³⁷ As obras culinárias também podem ser utilizadas quando justificadas por um propósito informativo sobre um tópico atual (art. 35.1 TRLPI). A obra culinária, na sua forma representativa, pode ser incorporada na imprensa impressa ou digital, especialmente na especializada do setor, e principalmente as fotografias dos trabalhos que geralmente são incluídas nas informações atuais. E também a captura, através da mídia audiovisual, da execução pessoal de uma obra culinária por um chef, pode ser incorporada às informações sobre questões atuais. O conceito amplo de “informações sobre eventos atuais” também deve incluir críticas gastronômicas, pois o evento atual pode se concentrar no trabalho em si.

A reprodução da obra culinária em sua forma característica sensível pode justificar fracamente o “objetivo informacional” que apóia a exceção legal, apesar de o uso da obra culinária ser coberto apenas pelo limite da arte. 35.1 TRLPI na medida que não cause dano injustificado aos interesses legítimos do autor ou prejudique a exploração normal das obras (art. 40 bis

Importante ressaltar o direito à cultura sob a perspectiva de formação do patrimônio cultural, inclusive a baliza proposta por Karin Grau (2012), chamada de contribuição reflexivo-transformadora, é que o critério da originalidade reflete um *plus* cultural, manifestado pela reflexão acompanhada de uma variação ou de uma transformação nos modelos e instituições culturais, expressando a importância da cultura como interesse coletivo, além do proposto pela educação, como formação básica do indivíduo.

É fato que com a dinâmica do alcance da internet, sobretudo na sociedade da informação, o acesso à informação, conhecimento e à cultura expandiu-se significativamente, ampliando cada vez a possibilidade de conflitos com o direito de autor, o que torna maior o desafio quanto à ponderação e prevalência dos interesses em jogo.

Mesmo reconhecendo a importância histórica da tutela dos direitos de autor para o desenvolvimento da sociedade, salienta Maurício Kanashiro que “o modelo vigente não mais atende à função social em vista dos novos meios de produção e circulação da obra intelectual, principalmente após a criação da internet” (KANASHIRO, 2014, p.24).

2.2. Limites e exceções ao exercício do direito de autor

As regras contidas na Convenção de Berna servem de base dos principais modelos de exceções e limitações aos direitos autorais contidos nas legislações pátrias que tratam deste instituto. (BASSO, 2007, p. 494)

A Convenção de Berna³⁸ autoriza seus Estados-partes a estabelecerem limitações aos direitos patrimoniais dos autores com vistas à promoção de determinadas políticas públicas (BASSO, 2007, p. 498), e traz como norma geral a Regra dos Três Passos (*three-step-test*), autorizando o direito de “reprodução” por terceiros, sem necessidade de autorização do autor, apenas nas seguintes hipóteses: (i) em certos casos especiais; (ii) que não conflitem com a

TRLPI). De qualquer forma, e embora a lei não a estabeleça expressamente, o direito moral do autor deve ser respeitado, citando seu nome e indicando a fonte. (tradução nossa)

³⁸ Art. 9.2.2) às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

exploração comercial normal da obra; (iii) não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor .

A Regra dos Três Passos reflete a necessidade de se manter o equilíbrio entre os direitos dos autores e o interesse público, relacionados à educação, pesquisa e acesso à informação. (BASSO, 2007, p.500). Desta forma, toda vez que tal regra for infringida, não se dirigindo o uso da obra para fins de interesse público, haverá violação aos direitos fundamentais dos autores de auferirem benefícios a partir de seus trabalhos (BASSO, 2007, p. 502).

Conforme salienta José de Oliveira Ascensão (2007), a função social do direito autoral determina que este seja exercido de maneira a combinar a vantagem pessoal do autor com a vantagem social (interesse coletivo), gerando uma relação de equilíbrio melhor delimitada.

Assim, o direito exclusivo (ou de propriedade, dependendo do enquadramento conforme a natureza jurídica) que decorre do direito autoral precisa encontrar um limite na sua própria função, limite este que deve ser esclarecido pela legislação. Caso contrário, estaríamos diante de um monopólio carente de qualquer justificação.

Com efeito, o cerne da questão reside no fato de que o exercício do direito autoral não é absoluto, encontrando restrições intrínsecas (isto é, consoante sua própria conformação) e extrínsecas (limites oriundos do exercício de outros direitos, por exemplo, a liberdade de expressão, sem que haja conformação interna ao direito autoral).

Explica-se: se a função promocional é caracterizada pela outorga de uma exclusividade, a função social, por sua vez, gera restrições a esse regime de exclusividade consistentes na indicação de usos da obra autoral que são, desde já, permitidos pelo ordenamento jurídico (são as chamadas limitações e exceções ao direito autoral), além de marcar uma limitação temporal para o gozo dessa exclusividade, finda a qual as obras passariam a ingressar num regime de liberdades de utilização bastante amplas (trata-se da hipótese mais comum do chamado domínio público). (SOUZA, 2011, p.665)

As restrições intrínsecas e extrínsecas formam, portanto, um feixe de fundamentação para esse raciocínio.

Parece procedente tratar as chamadas restrições externas em conjunto com as internas, pois justamente a melhor interpretação das limitações e exceções previstas na Lei de Direitos Autorais (“LDA”) é aquela que se vale de outros dispositivos constitucionais que não apenas aqueles diretamente ligados à tutela geral do direito autoral. (SOUZA, 2011, p.666).

Na esteira desse raciocínio, a LDA indica as sanções civis (sem prejuízo de eventuais sanções penais) às infrações aos direitos de autor e conexos, através das situações previstas nos artigos 102 a 110.

Não obstante, a mesma legislação prevê as exceções e limitações ao direito autoral pelos arts. 46³⁹, 47⁴⁰ e 48⁴¹ da LDA.

Entende-se como restrições ou limitações ao direito de autor as permissões que a lei confere a terceiros para o uso de obras tuteladas por direitos autorais, independente de autorização dos seus titulares. Embora a LDA enfrente como crítica bastante recorrente a de que ela seria muito restrita nesse ponto, ficando distante do parâmetro mínimo previsto pelo art. 9º, II, da Convenção de Berna (regra dos três passos: exceções em casos especiais; reprodução não prejudique a exploração normal da obra; reprodução não cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor).

Segundo Eliane Y. Abrão, são algumas das possíveis hipóteses de abuso do direito autoral:

(...) quando se pleiteia a proteção para métodos, sistemas, formatos, ideias e todos os demais atos e conceitos que se encontrem dentro do campo de imunidade do direito autoral. (...) quando se restringem as limitações impostas aos usos livres das obras em função da ordem pública ou de direitos alheios (...) quando o agente ou o órgão investido da arrecadação dos direitos de utilização pública autuam a representação teatral, ou a execução musical realizada gratuitamente para fins didáticos, ou em ambientes domésticos. (...) quando se tenta influir na liberdade criativa do intérprete,

³⁹ Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários; II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou; V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização; VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro; VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa; VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. (BRASIL, 1998)

⁴⁰ Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito. (BRASIL, 1998)

⁴¹ Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais. (BRASIL, 1998)

ou quando se investe contra a paródia ou a caricatura alegando ofensa inexistente. (...) quando as pessoas que necessitem da criação de um autor, como matéria-prima de sua atividade profissional, abusam de sua superioridade econômica ou política (...). Cometem abuso de direito os herdeiros que impedem o uso regular das obras criadas pelo autor impondo ônus excessivos ou embaraços à livre circulação do bem cultural. (ABRÃO, 2002, p.218).

Com efeito, resguardado constitucionalmente o direito à proteção às obras intelectuais, qualquer abuso desse direito, assim como de qualquer outro, deve ser combatido. Por essa razão, a própria Lei de Direitos Autorais atual, prevê em seu artigo 46 as hipóteses que não constituem violação aos direitos autorais, conhecidas como *fair use* ou uso justo, que será tratado a seguir.

2.3. Teoria do uso justo (*fair use*)

Conforme já mencionado, os direitos autorais não são direitos absolutos e sua utilização por terceiros pode atingir direitos exclusivos do titular do direito. No entanto, sob determinadas circunstâncias, esta utilização por terceiros não autorizados de uma obra protegida pode se dar de uma forma razoável ou considerada “justa”, não sendo cabível impor responsabilidade ou violação aos direitos de autor.

Por isso, a própria LDA excepcionou os direitos exclusivos concedidos ao detentor dos direitos de autor, através de limitações, conforme o disposto no art. 46, que apresenta um rol taxativo, que se equivalem ao *fair use* (uso justo⁴²), utilizado no direito norte americano.

Em linhas gerais, o uso justo (*fair use*) é um conceito da legislação dos EUA, que permite o uso de material protegido por direitos autorais sob certas circunstâncias, como finalidade educacional, crítica, pesquisa, etc., e, para sua caracterização a Lei de Direitos Autorais dos Estados Unidos estabelece quatro fatores que devem ser observados, quais sejam: o propósito e o caráter do uso, incluindo se esse uso é de natureza comercial ou tem fins educacionais sem fins lucrativos; a natureza do trabalho protegido por direitos autorais; a quantidade e substancialidade da parcela usada em relação ao trabalho com direitos autorais

⁴² O “uso justo” da obra consiste, portanto, em um privilégio assegurado a outros que não o titular dos direitos autorais, para que estes possam usar a obra protegida de uma maneira razoável, sem que para isso haja a necessidade do consentimento do titular de tais direitos. Trata-se, portanto, de uma exceção à exclusividade conferida ao titular pelo exercício do próprio direito (Direito Autoral - Limitações ao Direito de Autor –ABPI). (Resolução nº 67, ABPI, 2005)

como um todo; e o efeito do uso sobre o potencial mercado ou valor do trabalho protegido por direitos autorais.

A doutrina do fair use foi elaborada pela jurisprudência norte-americana, tendo sido posteriormente consagrada na lei dos direitos de autor (USC § 107). É considerada o limite mais significativo ao exclusivo do titular de direitos. Segundo a lei norte-americana, o fair use significa que não constitui violação aos direitos de autor a utilização da obra, incluindo a reprodução, para fins de crítica, comentário, informação, ensino, investigação. Para determinar se a utilização no caso concreto constitui fair use devem ser considerados quatro factores: 1º o objectivo e o carácter da utilização, incluindo se tal uso é de natureza comercial ou para fins educativos não lucrativos; 2º a natureza da obra protegida; 3º a quantidade e substancialidade da porção usada em relação à obra protegida como um todo; 4º o efeito da utilização no mercado potencial da obra protegida ou do seu valor. (...) Esta breve referência à doutrina do fair use permite compreender que, mesmo nos EUA, o copyright não é entendido como um direito exclusivo absolutamente oponível erga omnes. Pelo contrário, está sujeito, no seu exercício, aos limites da lei e, em especial, ao fim que o justifica. (PEREIRA, 2008)

A Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI⁴³, considerando que as limitações dispostas na lei não contemplam de forma eficiente todas as situações fáticas ocorridas na prática, aprovou a Resolução nº 67⁴⁴, com a intenção de substituir o rol taxativo de limitações ao direito de autor por princípios gerais, nos moldes do direito norte-americano com o chamado *fair use*.

⁴³ A Comissão de Direitos Autorais não teve como intuito adotar o “fair use” na forma como é regulado nos Estados Unidos da América, pois é evidente que o referido instituto demanda uma adaptação ao Direito Autoral brasileiro. Esta Comissão também não entende que a adoção de princípios gerais para regular as limitações aos Direitos Autorais seja incompatível com o sistema de proteção autoral brasileiro. (Resolução nº 67, ABPI, 2005)

⁴⁴ II. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ARTIGO 46 DA LEI No 9.610/98. O artigo 46 da Lei 9.610/98 passaria a vigorar com a seguinte redação: "Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais, a reprodução parcial ou integral, a distribuição e qualquer forma de utilização de obras intelectuais que, em função de sua natureza, atenda a dois ou mais dos seguintes princípios, respeitados os direitos morais previstos no art. 24: I - tenha como objetivo, crítica, comentário, noticiário, educação, ensino, pesquisa, produção de prova judiciária ou administrativa, uso exclusivo de deficientes visuais em sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários, preservação ou estudo da obra, ou ainda, para demonstração à clientela em estabelecimentos comerciais, desde que estes comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização, sempre na medida justificada pelo fim a atingir; II - sua finalidade não seja essencialmente comercial para o destinatário da reprodução e para quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais; III - o efeito no mercado potencial da obra seja individualmente desprezível, não acarretando prejuízo à exploração normal da obra; Parágrafo Único - A aplicação da hipótese prevista no inciso II deste artigo não se justifica somente pelo fato de o destinatário da reprodução e quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais ser empresa ou órgão público, fundação, associação ou qualquer outra entidade sem fins lucrativos. (Resolução nº 67, ABPI, 2005)

Atualmente há projetos de lei⁴⁵ em tramitação no Congresso Nacional propondo principalmente alterações no artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, visando ampliar o rol das hipóteses de *fair use* ou uso justo, que não serão considerados violações aos direitos autorais.

No quesito supostas novas formas de expressão, importante citar uma decisão que adotou a teoria do uso justo na concepção de que uma transformação do uso de uma obra anterior foi suficiente para caracterizá-la como uma obra nova, diferente da obra original, considerando a transformação criativa como suporte à criação de novas formas de expressão, senão vejamos:

The U.S. Supreme Court further strengthened and expanded the usefulness of fair use in 1994 when it considered whether a parody of Roy Orbison's 1964 pop-country hit "Oh, Pretty Woman". The new song by the group 2 Live Crew, called just "Pretty Woman", used similar lyrical patterns over a bad of hip-hop music. The Court ruled on two important questions that have made significant differences to how fair use works in the twenty-first century. First, a parody of an original work is fair use, largely because a parodist should not be required to ask permission from an artist to mock the artist's work. And second, the Court ruled that 2 Live Crew had sufficiently "transformed" the original into something new. This concept of "transformative use" would go on to provide support to many more examples of new creators explicitly building on earlier work – in some cases by directly copying the work⁴⁶. (VAIDHYANATHAN, 2017)

Estes movimentos para alteração das limitações contidas na LDA, especificamente no que se refere ao uso justo, reflete a importância da função social do direito de autor, com vistas ao acesso à informação, conhecimento e cultura por parte da coletividade.

⁴⁵ Segundo foi possível apurar até o momento, encontram-se em tramitação 5 projetos de lei no Senado Federal e 16 na Câmara dos Deputados sobre a reforma da LDA. No Senado: PLS nº 315, de 2010; PLS nº 401, de 2011; PLS nº 465, de 2012; PLS nº 61, de 2012; e PLS nº 131, de 2006. Na Câmara: PL 8469/2017; PL 2796/2015; PL 1290/2011; PL 4975/2013; PL 3773/2015; PL 1111/2015; PL 6039/2013; PL 3882/2015; PL 7833/2010; PL 1051/2011; PL 3133/2012; PL 4072/2012; PL 7620/2010; PL 6890/2013; PL 7679/2014; e PL 1210/2015.

⁴⁶ A Suprema Corte dos EUA fortaleceu e expandiu ainda mais a utilidade do uso justo em 1994, quando considerou-se uma paródia de Roy Orbison em 1964 bateu "Oh, Pretty Woman". A nova música do grupo 2 Live Crew, chamada apenas "Pretty Woman", usou padrões líricos semelhantes ao longo da música hip-hop. A Corte se pronunciou sobre duas questões importantes que fizeram diferenças significativas no modo como o uso justo funciona no século XXI. Primeiro, uma paródia de uma obra original é de uso justo, principalmente porque um parodista não deve pedir permissão a um artista para zombar da obra do artista. Segundo, a Corte decidiu que o 2 Live Crew havia "transformado" suficientemente o original em algo novo. Esse conceito de "uso transformador" continuaria fornecendo suporte a muitos outros exemplos de explicitação de novos criadores baseados em trabalhos anteriores - em alguns casos, copiando diretamente o trabalho. (tradução nossa)

CAPÍTULO 3. RECEITAS CULINÁRIAS COMO OBJETO DE PROTEÇÃO PELO DIREITO DE AUTOR

3.1. O que é uma receita culinária?

Podemos dizer que cozinha e culinária são espécies que estão abrangidas pelo amplo conceito de gastronomia, que está ligada às técnicas de cocção e ao preparo dos alimentos, ao serviço, às maneiras à mesa, ao ritual da refeição, sendo que cozinha e culinária⁴⁷ dizem respeito também à arte de preparar os alimentos e às práticas e técnicas usadas para esse fim⁴⁸ (FREIXA; CHAVES, 2008), citando BRILLAT-SAVARIN:

Gastronomia é o conhecimento fundamentado de tudo o que se refere ao homem na medida em que ele se alimenta. Assim, é ela, a bem dizer que move os lavradores, os vinhateiros, os pescadores, os caçadores e a numerosa família de cozinheiros, seja qual for o título ou a qualificação sob a qual disfarçam sua tarefa de preparar alimentos...a gastronomia governa a vida inteira do homem. (FREIXA;CHAVES, 2008, p. 20 *apud* BRILLAT-SAVARIN)

A gastronomia é importante tanto para a cultura de um povo quanto suas inter-relações com outras culturas. Desde tempos remotos as pessoas não se alimentam movidas apenas pela necessidade de sobrevivência, mas também por puro prazer. (FREIXA; CHAVES, 2008).

Na Pré-História, com a descoberta do fogo, o ato de cozinhar e reunir-se à volta do fogo para partilhar o alimento que gerou a comensalidade. Assim, o fogo, além de cozinhar o alimento e ajudar a nutrir, também unia as pessoas (FREIXA; CHAVES, 2008).

Na História Antiga, o cozinheiro é tido como um mágico, um alquimista que transforma simples ingredientes em manjar dos deuses, porque cozinhar é uma arte e sempre despertou encantamento. (FREIXA; CHAVES, 2008).

⁴⁷ Massimo citando Françoise Sabban traça a diferença entre “cozinha” e “culinária”, porém define esta última como “fazer cozinha”: “são noções muito diferentes entre si: a primeira implica simplesmente a capacidade de empregar o fogo (não suficiente, nessa perspectiva, para definir um âmbito de civilização), enquanto a segunda pressupõe uma habilidade técnica rica de implicações estéticas e artísticas. (MASSIMO, Montanari, 2008, p. 58)

⁴⁸ Por exemplo: quando nos referimos à “cozinha de vanguarda de Ferran Adrià”, estamos falando tanto do estilo de sua arte quanto das técnicas que ele emprega. (FREIXA; CHAVES, 2008, p. 21)

Com respeito ao conceito de receita culinária, Christopher Buccafusco (2007) diferencia receita do “prato”, entendendo que o objeto de análise sobre a possibilidade de proteção pelo direito autoral é o “prato”, e não a receita, pois esta apenas descreve a maneira de reproduzir o “prato”, e, portanto, serve como um método de fixação do “prato”, senão vejamos:

The appropriate subject of copyright analysis is the dish and not the recipe. The recipe describes the manner of reproducing the dish and thus serves as a method of “fixing” the dish⁴⁹. (BUCCAFUSCO, 2007, p. 1121)

Cathy Kaufman leciona que o “prato” é um produto efêmero e comestível que resulta das instruções da receita, por sua vez, a receita é a linguagem que memoriza as instruções:

But what, precisely, has been copyrighted? Is it the dish – that is, the ephemeral, edible product that results when the recipe’s instructions are followed, or it is the recipe, that is, the language memorializing the instructions needed to make the dish?⁵⁰ (KAUFMAN, 2008, p. 189)

Cathy Kaufman aponta que o Escritório de Direitos Autorais ⁵¹ entendeu que uma receita é um conjunto mecanicista de instruções desprovidas de conteúdo criativo, mas necessárias para obter um determinado resultado, independentemente do quão simples ou sofisticada seja a culinária. Segue alegando que os ingredientes usados em uma receita e os processos para montá-los são fatos científicos para criar o prato, não cabendo proteção de direito autoral sobre estes fatos. (KAUFMAN, 2008, p. 191)

No voto do acórdão do caso concreto tratado neste trabalho, o relator ressaltou que a gastronomia contemporânea tem investido cada vez mais na criação de novos pratos e receitas. Portanto, cozinhar, muitas vezes, deixa de ser uma mera repetição de técnicas e receitas, passando a representar a expressão do artista.

Importa esclarecer que a gastronomia contemporânea tem investido cada vez mais na criação de novos pratos e receitas. Busca-se o aprimoramento técnico e a descoberta de novos sabores e visuais gastronômicos. Portanto, cozinhar, muitas vezes, deixa de ser uma mera repetição de técnicas e receitas, passando a representar a expressão do artista – o cozinheiro- a qual tem como produto a sua obra gastronômica. (TJ/ES online)

⁴⁹ O objeto da análise de direitos autorais é o prato e não a receita. A receita descreve a maneira de reproduzir o prato e, portanto, serve como um método de “consertar” o prato. (tradução nossa)

⁵⁰ Mas o que, precisamente, tem que ser protegido por direitos autorais? É o prato - ou seja, o produto efêmero e comestível que resulta quando as instruções da receita são seguidas, ou é a receita, ou seja, a linguagem que memoriza as instruções necessárias para preparar o prato? (tradução nossa)

⁵¹ v. <http://www.copyright.gov/fls/fl1122.html>, revised June 2008.

Não obstante, o entendimento citado por Kaufman quanto à ausência de conteúdo criativo nas receitas culinárias, salienta, por fim que, a maneira pela qual se seleciona e organiza receitas simples em um trabalho maior ou embeleza as instruções básicas pode evidenciar a criatividade necessária para permitir a proteção dos direitos autorais (KAUFMAN, 2008, p. 191). Neste mesmo sentido será verificado o entendimento do Tribunal que decidiu o caso concreto, que será analisado em capítulo próprio.

3.2. A Teoria da transformação criativa

Segundo Marcos Wachowicz (2011), a lei e doutrina mencionam a obra como o resultante da transformação, porém entende que a locução “forma de expressão” melhor identifica a especificidade da transformação. Define transformação criativa como o processo pelo qual é gerada uma nova forma de expressão, que incorpora elementos substanciais de uma obra preexistente, mas que constitui uma obra nova original. Portanto, a transformação implica uma nova criação baseada em outra (WACHOWICZ, 2011, p.142).

Entende-se criatividade como a capacidade de gerar ideias novas. Com o aparecimento de novas abordagens, a definição de criatividade muda o foco do indivíduo criativo para um conjunto de condições necessárias ao surgimento de novas ideias, passando a ser vista através de um conceito alargado que resulta da interação entre aquilo que é criado, o indivíduo criador e o contexto sociocultural em que o processo de criação passa a integrar. (PARREIRA, 2016, p. 52)

Conforme já mencionado sobre o requisito da originalidade, no processo de criação os indivíduos interagem com o patrimônio cultural, seja no processo de geração de expressões culturais coletivas ou no processo criativo individual⁵². Na criação das receitas culinárias, os autores buscam inspiração nas receitas de família, nas lembranças da infância, a qual chamam de culinária afetiva⁵³, nas receitas e produtos locais, ou nas releituras de pratos tradicionais.

As lembranças da infância e de família são trazidas para a criação das receitas culinárias e remontam ao aconchego, sabores que remetem a boas memórias, onde os chefs se

⁵² Marcos Wachowicz denomina este processo de dinâmica natural da atividade criativa de intertextualidade (p. 143)

⁵³ Na culinária afetiva ou comida de mãe ou comfort food o que vale são as experiências. São utilizados ingredientes e técnicas para que os sabores remetam a boas memórias. (DUMONT, 2019)

utilizam de ingredientes da receita tradicional adicionado a toques de criatividade, seja na forma de cocção, no empratamento, utilização de técnicas modernas, como o relato de um chef, trazido no artigo de Patrícia Dumont (2019), contando que garimpou nas memórias da infância, quando passava as férias no norte de Minas com a família, as referências para montar o cardápio de seu restaurante especializado em comida mineira⁵⁴. (DUMONT, 2019)

Com o intuito de aguçar este campo afetivo dos consumidores, que pode começar pelo cheiro, os chefs buscam releituras dos antigos cadernos de receitas, acrescentando conhecimento e técnicas modernas e mais sofisticadas no processo de criação de uma receita culinária.

Buscando entender como o processo criativo dos chefs é aplicado, Ferran Adrià, dono e chef do restaurante catalão El Bulli, triestrelado e considerado um dos melhores do mundo⁵⁵, que encerrou suas atividades em 2011, propôs uma pirâmide criativa enunciando os diversos níveis em que a criação acontece (PARREIRA, 2016, p. 52):

Na base dá-se a reprodução directa das receitas (i.e. a evolução das receitas já criadas), num nível intermédio acontece uma criatividade combinatória, capaz de integrar conhecimento existente e combiná-lo em novas receitas (e.g. substituindo os ingredientes ou a técnica utilizada) e no vértice da pirâmide encontra-se a criatividade técnico-conceptual (i.e. que aplica uma técnica e um conceito novo com vista a um resultado inovador). (PARREIRA, 2016, p. 52)

No processo criativo descrito por Ferran Adrià, observa-se a transformação criativa no nível intermediário, ou seja, ocorre a incorporação de elementos substanciais, conhecimentos preexistentes, na concepção de uma obra nova, sendo certo que no vértice é colocado o exercício criativo pessoal, onde resultará na criação de uma obra intelectual original.

3.2.1. Direito de autor e as supostas novas formas de expressão artísticas

Conforme já mencionado, o direito de autor não protege as ideias por si só, apenas quando se materializam em formas literárias, artísticas e científicas.

⁵⁴ O kaol dele, por exemplo, é servido em formato de espetinho, de finger food, mas leva os ingredientes da receita tradicional: cachaça, arroz, ovo e lingüiça. (DUMONT, 2019)

⁵⁵ v. <https://paladar.estadao.com.br/noticias/comida,chef-ferran-adria-reabre-o-el-bulli-agora-como-centro-de-inovacao-em-gastronomia,70002700944>

A Convenção de Berna, no seu artigo 2.1. define como obras literárias e artísticas os temas que abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão⁵⁶.

Segundo a OMPI a expressão “artísticas” para proteção de direitos autorais, deve ser entendida como todas as obras originais de um autor, qualquer que seja seu valor, seja literário ou artístico, mesmo que a obra não possua um caráter estritamente literário ou artístico, senão vejamos:

La OMPI há precisado que la referencia a lo literário y artístico, se trata de “una expresión general que, a los efectos de la protección del derecho de autor, há de entenderse que comprende toda obra original de un autor, cualquiera que sea su valor literário o artístico y aun a pesar de que no se trate de una obra de carácter estrictamente artístico o literário, como por ejemplo las obras de índole científica, técnica o práctica”⁵⁷. (GUILLÉN, 2016, p. 81)

Na forma de obra literária se enquadram os livros de receitas culinárias, que codificam descrições de ingredientes e etapas necessárias para preparar determinada receita. Neste caso não assiste dúvida quanto à proteção pelo direito autoral.

Para tanto, a doutrina diferencia receita e prato, conforme já citado anteriormente. Assim, considera-se receita uma obra literária, ou seja, se disposta num livro de receitas⁵⁸. Ao passo que, o prato (“*built*” *food*) é uma receita exteriorizada para ser consumida, e não mais uma obra literária.

Além do requisito da originalidade, já tratado acima, faz-se relevante mencionar um obstáculo quanto ao cabimento da proteção das receitas culinárias pelo direito autoral, que é o fato de tradicionalmente criadas e reproduzidas para serem comidas, e não pelo seu valor literário ou artístico, pelo seu *status* de “trabalho para utilidade”, sendo dificilmente registráveis pela sua natureza utilitária como conjuntos de instruções que têm pouco, se houver algum, valor intrínseco literário ou artístico. (BROUSSARD, 2006, p. 707-708)

⁵⁶ Os temas “obras literárias e artísticas”, abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências

⁵⁷ A OMPI especificou que a referência ao litígio e à arte é “uma expressão geral que, para fins de proteção de direitos autorais, deve ser entendida como incluindo qualquer obra original de um autor, qualquer que seja seu valor literário ou artístico e, embora não seja uma obra de caráter estritamente artístico ou literário, como obras de natureza científica, técnica ou prática” (tradução nossa)

⁵⁸ What about the description of the steps that must be taken to prepare the dish? The U.S. Copyright Office has stated that “substantial literary expression” that accompanies a recipe “in the form of an explanation or directions” may be copyrightable. (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1767)

Assim, para se inserir na definição de obra literária, artística e científica, a obra deve resultar de uma atividade intelectual do autor e objetivamente demonstrar função estética para se incluir no âmbito do direito de autor. (BITTAR, 2015, p. 44-45)

Isto posto, para a proteção das supostas novas formas de expressão pelo direito autoral, as obras para serem caracterizadas como artísticas devem demonstrar uma função estética, podendo simultaneamente apresentar uma função utilitária, porém o pressuposto da esteticidade da obra é imprescindível.

Como ensina Carlos Alberto Bittar (2015), as obras que por si realizam finalidades estéticas é que se incluem no âmbito do direito de autor, separando-se, desde logo, as de cunho utilitário. As primeiras atendem a exigências puramente intelectuais (de esteticidade ou de conhecimento), e as segundas têm por objetivo a consecução de utilidades materiais diretas, apenas função utilitária. Todavia, as obras intelectuais podem atingir resultado material, conservando o seu caráter intrínseco, coexistindo elementos criativos e funcionais, porém não havendo esta conjugação, mas somente elementos técnicos, não estarão sujeitas ao regime do direito de autor. (BITTAR, 2015, p. 45)

A obra artística sujeita ao regime do direito de autor pressupõe que ressalte a estética. Porém, dizer que a obra possui cunho estético é um julgamento de caráter extremamente subjetivo, pois não há critérios factíveis para determinar o grau de criatividade que o artista incorporou na obra, devendo ser analisado caso a caso.

Na relação jurídica com a estética, o que importa para o direito é observar se o comportamento indica que o receptor se preocupa em interagir com a criação intelectual interpretando-a, emprestando a ela um significado pessoal, recriando-a, onde não há satisfação do sentimento estético não há a categoria da criação intelectual protegida pelo direito de autor. (GRAU-KUNTZ, 2011, p. 34, 48)

A dimensão estética das criações do espírito é alvo da tutela especial do direito de autor, considerando a importância de proteção da originalidade do processo criativo, da contribuição personalíssima inserida por meio dos atos de cultura que são fruto das atividades culturais, literárias e científicas. (BITTAR, 2015, p. 45)

Cabe reiterar que as obras além da função estética, podem possuir uma função utilitária também, porém para sua proteção pelo direito autoral não podem ter apenas função utilitária, pois estas serão objeto de proteção pela propriedade industrial (produtos para aplicação industrial: modelos, desenhos, inventos). Havendo a combinação da função estética

e conotações utilitárias na mesma obra, tem-se a denominada “obra de arte aplicada” ⁵⁹. (BITTAR, 2015, p. 46)

Isto posto, teriam as supostas novas formas de expressão artísticas esta função estética, requisito essencial para a proteção autoral? As criações de moda e as receitas culinárias possuem função estética capaz de serem consideradas obras artísticas? Ou apenas função utilitária? Ou seja, as criações de moda, como, por exemplo, as *wearable technologies*, as chamadas roupas inteligentes, tais como: camisetas fabricadas com a função de controlar batimentos cardíacos, que oferecem *feedback* em tempo real dos sinais através de aplicativos em computadores ou *smartphones*, ou as receitas culinárias que têm no paladar sua limitação, sendo feitas para atender a uma necessidade fisiológica?

Importante citar os ensinamentos de Bittar (2015) que, para a proteção da obra pelo sistema autoral, não se leva em conta o respectivo valor ou mérito, isto é, não se cogita de análise de seu valor intrínseco, em face da subjetividade na determinação em concreto. Assim, mesmo as obras de mínimo valor intelectual encontram abrigo no plano autoral, desde que revelem criatividade. (BITTAR, 2015, p. 46)

No que concerne à função estética ou utilitária da receita culinária, se trata de outro ponto importante que merece ser discutido. Para que a receita culinária seja passível de proteção pelo direito de autor, a função estética, a arte criada pelo chef, deve ser identificada separadamente da sua função utilitária, que é a função primária da receita, isto é, feita para ser consumida. As receitas são tradicionalmente reproduzidas para serem usadas para cozinhar, e raramente pelo seu valor artístico ou literário (BROUSSARD, 2006, p. 707).

Cathay Smith (2014) entende que desta forma, cabível a proteção pelo direito de autor, consistindo a receita culinária em uma obra de arte aplicada, que, por sua vez, contempla as funções estética e utilitária simultaneamente:

A work of “applied art” is a piece of art “that perform(s) a dual function: both expressing aestheticism as well as functioning as a utilitarian object to be used for some purpose. Because chefs create food primarily to serve a utilitarian function, i.e., to be eaten, it qualifies as useful article or applied art. Copyright protection extends to applied art, but “only if, and only to the extent that, such design incorporates pictorial, graphic, or sculptural features that can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article. Therefore, in order for a chef to claim copyright over food presentation, the chef would need to prove that

⁵⁹ Conjugando-se esses elementos, desde a criação, é a obra integrada ao processo econômico, possibilitando a consecução de melhores efeitos na comercialização, cada vez mais dominada pela sofisticação dos mercados. De outro lado, inseparáveis esses caracteres, opera-se a proteção da obra nos dois citados campos, reunidos os requisitos legais. (BITTAR, 2015, p. 46)

his creation can be identified separately from, and is capable of existing independently of, the utilitarian aspects of his food design⁶⁰. (SMITH, 2014, p. 11)

Fato que muitas receitas culinárias podem ser expressões criativas independentes das influências funcionais, podem ser misturados ingredientes sem se considerar o valor nutricional deles, estando a função estética separada das necessidades básicas de prover calorias. (BUCCAFUSCO, 2007, p. 1139)

Vale destacar o comentário do *New York Times* em uma análise acerca da feira universal Expo 2015, realizada em Milão, que contou com 145 países participantes e mais de 20 milhões de visitantes, durante 06 meses de apresentações e eventos, onde chefs disputaram a autoria de suas receitas, com pratos milimetricamente montados: “Isso mostra como a comida ganhou representatividade no cenário contemporâneo, não apenas em questões sociais e políticas, mas também estéticas”. (TONON, 2019)

Cabe um breve histórico acerca do tema: a *nouvelle cuisine* foi um movimento de chefs da culinária francesa que pregava uma naturalidade e uma apreciação estética da gastronomia, onde a comida passou a ser emplatada à mesa em uma forma volumétrica, tridimensional com muita atenção aos detalhes da apresentação. Nos anos 2000, a consideração da gastronomia como obra de arte continuou, tendo Ferran Adrià inovado na estética com sua culinária tecnoemocional, criando pequenas esculturas e obras de formas e texturas emoldurando seus pratos. (TONON, 2019)

Desde a *nouvelle cuisine* (movimento de chefs da culinária francesa que pregava uma neutralidade e uma apreciação estética da gastronomia), a comida passou a vir emplatada à mesa da apresentação para que os comensais pudessem, também, “comer com os olhos”, como se convencionou dizer. A comida ganhava seu status de “arte” – com aspas mesmo.

Nos anos 2000, Ferran Adrià inovou na estética com sua culinária tecnoemocional espanhola, criando mais que apreciações plásticas, pequenas esculturas e obras de forma e texturas que estarreciam uma plateia carente de espetáculo. Nenhum outro chef foi tão seguido. Um apelo de artes passou a ser servido à mesa emoldurado pelos pratos. (TONON, 2019)

⁶⁰ Uma obra de “arte aplicada” é uma obra de arte “que desempenha uma função dupla: expressar esteticismo e também funcionar como um objeto utilitário a ser usado para algum propósito. Como os chefs criam alimentos principalmente para servir uma função utilitária, ou seja, para serem consumidos, eles se qualificam como artigo útil ou arte aplicada. A proteção de direitos autorais se estende à arte aplicada, mas “apenas se, e apenas na medida em que, esse design incorporar recursos pictóricos, gráficos ou esculturais que podem ser identificados separadamente e capazes de existir independentemente dos aspectos utilitários do artigo”. Portanto, para que um chef reivindique direitos autorais sobre a apresentação de alimentos, ele precisará provar que sua criação pode ser identificada separadamente e é capaz de existir independentemente dos aspectos utilitários de seu design de alimentos. (tradução nossa)

Outro ponto que a doutrina salienta como incompatíveis com a proteção das supostas novas formas de expressão artísticas, em especial, as criações da moda e as receitas culinárias, quais sejam, a exteriorização da forma tangível (fixação).

Requisito essencial para que a obra intelectual seja protegida pelo direito autoral é que seja materializada, que a ideia seja exteriorizada. Uma obra é considerada materializada quando se torna suficientemente permanente ou estável para permitir que seja percebida, reproduzida ou comunicada de outra forma por um período de tempo mais do que transitório (SMITH, 2014, p. 9).

Contudo, para que uma obra seja protegida é irrelevante a sua forma de expressão, não importa como o fruto do pensamento se materializa, se numa folha de papel, se numa tela, ou em um papel fotográfico, ou quaisquer outros suportes, tendo em vista a evolução das ciências humanas e tecnológicas e os novos modelos de negócios surgidos. A materialização/fixação da obra pode ser de qualquer natureza, inclusive por um suporte que ainda não tenha sido inventado. O que importa, de verdade, é que esse objeto que saiu do pensamento e se materializou tenha originalidade e criatividade, pois a proteção não está sujeita ao cumprimento de formalidade. (PANZOLINI; PINHEIRO, 2016)

Desta forma, importante a contribuição de José de Oliveira Ascensão citado no voto do relator do caso concreto que será tratado em subcapítulo próprio:

De fato, a criação de espírito não pode permanecer no foro íntimo. Tem de se exteriorizar ou manifestar por meio que seja captável pelos sentidos. Esta exteriorização pode realizar-se das mais diversas maneiras, e os avanços técnicos permitem cada dia descobrir novos processos de expressões de criações de espírito. A ideia, para se comunicar, tem pois de descer da sua imaterialidade para encarnar numa determinada maneira de expressão. Essa maneira de expressão pode ser designada a forma, utilizando o sentido jurídico precípua segundo o qual por forma se entende sempre um modo de manifestação. Recordemos que, nos atos jurídicos, a forma é o modo de manifestação da vontade. (TJ/ES. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0015382-46-2011.8.08.0035. Rel. Des. Jorge Henrique Valle dos Santos. Data do Julgamento: 18/07/2017)

Pois bem, esta fixação da obra em forma tangível é argumento criticável pelos doutrinadores quando se referem às supostas novas formas de expressão artísticas, ao fundamento que são obras efêmeras, sazonais, perecíveis, etc.

Nas criações de moda, a crítica se baseia no rápido descarte das peças (*fast fashion*) e na sazonalidade, utilização das criações em determinadas estações, sendo certo que determinadas marcas abarcam consumidores mais elitistas, pois os estilistas lançam suas coleções, em regra, duas vezes por ano, divididas nas estações primavera/verão e

outono/inverno. Ocorre que, após estes lançamentos, na indústria da moda ocorre a imitação recorrente, muitas vezes, por parte de marcas mais acessíveis ao público, quando estas mesmas peças se tornam obsolentas pela elite que, primeiramente, teve acesso, por isso os estilistas lançam uma nova coleção com novas criações.

O mesmo acontece na indústria culinária, a exemplo do restaurante El Bulli, já citado anteriormente, que fechava por 06 meses para que o chef pudesse se dedicar ao processo criativo de novos cardápios para a temporada seguinte⁶¹, com vistas a atender seu seletor público, o que ocorre em restaurantes famosos cujo público faz reservas com muita antecedência.

Broussard (2006) relata que a experiência de ir a um restaurante foi cada vez mais considerada não apenas para saciar as necessidades corporais, mas também com o intuito de satisfazer os gostos estéticos, onde o ato de comer se torna uma afirmação de individualidade e uma experiência estética não associada ao fato de o corpo precisar do consumo de calorias:

The emerging French bourgeois society, and later the American upper-class, demanded originality in its menu choices when dining out because the experience was increasingly considered not simply one to satiate bodily needs, but also one to satisfy aesthetic tastes. In this way, the modern act of “dining out” is not simply a perfunctory exercise of necessity, but is also a source of pleasure, entertainment, and leisure.

While food philosopher Elizabeth Telfer admits that humans usually eat due to bodily necessity, she argues that, to some extent, we alter these attitudes in certain situations, savoring and cherishing the novelties of our food, exercising judgment and taste as if we were cooks and not merely consumers. Thus, normal attitudes toward food and eating may change while dining at a restaurant. As patrons of eating establishments, we become free to pursue leisure by exercising our individuality, for example, in choosing a restaurant or entree. In this way, eating becomes dining, an assertion of individuality and an aesthetic experience unassociated with the body’s need to consume calories⁶². (BROUSSARD, 2006, p. 697-698)

Assim como a gastronomia, as criações da moda também conferem *status*, algumas até acima da categoria de *commodities*, porém à medida que a moda se espalha, ou seja, não se

⁶¹ v. <https://ferranadria.fundaciontelefonica.com/expo/blog/2015/01/29/9-secretos-creativos-de-ferran-adria-que-puedes-aplicar-en-tu-empresa/>

⁶² A emergente sociedade burguesa francesa e, mais tarde, a classe alta americana, exigiram originalidade em suas opções de menu quando jantavam fora, porque a experiência foi cada vez mais considerada não apenas como uma necessidade corporal do parceiro, mas também para satisfazer os gostos estéticos. Dessa maneira, o ato moderno de “jantar fora” não é simplesmente um exercício superficial de necessidade, mas também é uma fonte de prazer, entretenimento e lazer.

Enquanto a filósofa Elizabeth Telfer admite que os humanos geralmente comem devido à necessidade corporal, ela argumenta que, em certa medida, alteramos essas atitudes em determinadas situações, saboreando e valorizando as novidades de nossos alimentos, exercitando julgamento e gosto como se fossemos cozinheiros e cozinheiros, não apenas consumidores. Assim, atitudes normais em relação à comida e à alimentação podem mudar durante o jantar em um restaurante. Como clientes de estabelecimentos de alimentação, ficamos livres para buscar lazer exercitando nossa individualidade, por exemplo, na escolha de um restaurante ou entrada. Dessa forma, comer torna-se jantar, uma afirmação de individualidade e uma experiência estética não associada à necessidade do corpo de consumir calorias. (tradução nossa)

tem mais exclusividade, ela gradualmente se deteriora, fazendo com que os consumidores percam o interesse. Raustiala e Sprigman (2006) denominam este fenômeno de “induzir a obsolescência” (*induced obsolescence*), pois argumentam que o regime da baixa propriedade intelectual (*low-IP equilibrium*) é paradoxalmente vantajoso para a indústria, uma vez que esta apropriação gratuita da moda acelera o processo de criação dos *designers*, que precisam rapidamente criar novas peças e novas coleções, sendo que se houvesse *enforcement*, o ciclo da moda ocorreria de forma muito lenta. (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1718-1722)

Quanto às receitas culinárias, argumentam que o alimento é evanescente, será consumido e perecerá, pois os indivíduos necessitam de calorias, o que adentra na característica da funcionalidade da obra.

Nesta esteira Cathay Smith (2014) cita jurisprudência onde o Tribunal não reconheceu como obra intelectual protegível pelo direito autoral, uma escultura de uma comida na tigela (“*food-in-bowl*”) criada por Kim Seng, considerando que foi a criação com alimentos perecíveis não é elegível para proteção. Assim entende que as criações dos chefs são para ser consumidas, pois são criadas por insumos perecíveis, comparando com uma escritura na areia da praia que será apagada pelo mar, e concluindo que a receita apresentada por um chef é de natureza transitória, destinada a desaparecer, criada para ser consumida num jantar, em virtude da sua natureza perecível, sendo improvável que satisfaça o requisito da exteriorização da obra como requerida pela lei, cabendo a transcrição:

Chef’s creation of food dishes in a restaurant are meant to be eaten. They are created with perishable foods, and – like Kim Seng’s food-in-bowl sculpture – will ultimately perish in left to nature. According to U.S. courts, this factor alone would prevent a chef’s food presentation – no matter how creative or original – from gaining copyright protection in the U.S.

Considering in terms of these models, food dishes created by chefs in restaurants are most like writing in disappearing ink. They are destined to vanish because they are created and destined to be eaten by the diner. Even if the dishes are not created to be eaten, nature will ultimately overtake them and they will perish – like writing in sand on the seashore.

Accordingly, a chef’s food presentation is transient in nature, and not likely to satisfy the fixation requirement under U.S. copyright law⁶³. (SMITH, 2014, p. 10)

⁶³ Os pratos criados pelo chef em um restaurante devem ser comidos. Eles são criados com alimentos perecíveis e, como a escultura de comida em tigela de Kim Seng, acabarão perecendo na natureza. De acordo com os tribunais dos EUA, esse fator por si só impediria a apresentação de comida de um chef - não importa quão criativa ou original - ganhe proteção de direitos autorais nos EUA.

Considerando esses modelos, os pratos criados por chefs de restaurantes são mais parecidos com escrever com tinta que desaparece. Eles estão destinados a desaparecer porque são criados e destinados a serem comidos. Mesmo que os pratos não sejam criados para serem comidos, as naturezas finalmente os ultrapassarão e eles perecerão - como escrever na areia à beira-mar.

Por conseguinte, a apresentação de comida de um chef é de natureza transitória e provavelmente não satisfaz os requisitos de fixação previstos na lei de direitos autorais dos EUA. (tradução nossa)

Enquanto a arte nas obras intelectuais ditas tradicionais, como a literatura ou a pintura é mais livre, a gastronomia tem no paladar do comensal sua limitação: é feita para agradar, passa mais por uma necessidade fisiológica do que de contemplação. (TONON, 2019)

Todavia, ainda que o fato de ser comestível o torne efêmero, há que se relevar a aproximação da arte e da gastronomia, pois muitos chefs ao carregar suas histórias na criação dos pratos, com o propósito pensado e elaborado no tratamento do preparo e da finalização, ele é traduzido numa obra. (TONON, 2019)

Os chefs usam suas criações culinárias para expressar uma grande variedade de sensações, emoções e ideias, podendo ter suas obras protegidas pelo direito autoral, caso estejam separadas dos atributos ditos funcionais das receitas. (BUCCAFUSCO, 2007)

Culinary dishes are not proscribed “descriptions of an art” but instead are particular creative expressions “addressed to the taste” and produced using the techniques of the art of cooking⁶⁴ (BUCCAFUSCO, 2007, p. 1132)

3.2.2. Criações de espírito derivadas de um processo criativo ou simples reprodução de métodos?

A culinária sempre foi um tema de grande importância na França, conhecida pelo largo período de hegemonia gastronômica, estimulado pelo Rei Sol, onde foi incorporada à cozinha francesa teorias e bases técnicas. (FREIXA; CHAVES, 2008, p. 106-107)

François Pierre La Varenne, foi cozinheiro do Marquês d’Uxelles, em 1651, publicou o livro *Le Cuisinier François* (O cozinheiro francês), onde a obra apresenta instruções sobre o uso da manteiga e da farinha nos molhos, técnicas culinárias e regras para a sequência dos pratos, instruções e como usar trufas negras, cogumelos para aromatizar as carnes, servidas em seu próprio suco. Ou seja, difundiu técnicas de reparo, combinações e molhos básicos. (FREIXA; CHAVES, 2008, p. 107)

Dentre as preciosas contribuições de La Varenne, encontra-se o molho *béchamel* (molho branco feito com leite, sal, manteiga, farinha de trigo, noz-moscada), e também a criação da técnica de clarificar o *consommé* (com casca e clara de ovos). (FREIXA; CHAVES, 2008, p. 107)

⁶⁴ Pratos culinários não são entendidos como “descrições de uma arte”, mas sim expressões particulares criativas “dirigidas ao paladar” e produzidas usando as técnicas da arte de cozinhar. (tradução nossa)

O livro é considerado um dos mais importantes do século XVII, com receitas utilizadas até hoje na cartilha dos grandes cozinheiros, isto é, fazem parte do conjunto atual das regras culinárias da cozinha profissional. (FREIXA; CHAVES, 2008, p. 107)

Apesar de opiniões em contrário, através dos relatos dos chefs, observa-se que, para muitos, há um processo criativo na elaboração das receitas culinárias, seja buscando memórias da infância, ou ingredientes locais, ou se apropriando de receitas do intitulado domínio público culinário ⁶⁵ e adaptando, transformando numa nova receita.

O processo criativo de Ferran Adrià, por exemplo, resultou na descrição das fases utilizadas para se chegar à uma obra artística nova, sendo certo que cada fase em separado não constitui uma obra intelectual, porém incorporando todas as fases, observa-se ao final a criação de uma obra intelectual nova.

Para Adrià na base de sua pirâmide criativa seria a utilização de receitas já criadas, ou seja, aqui consistiria numa verdadeira reprodução de métodos, porém ao longo do processo há uma combinação de conhecimentos, seja através de memórias ou culturas, pelo qual haveria uma substituição de ingredientes ou técnica utilizada, combinadas com a criatividade do chef, resultando no objetivo pretendido, uma criação inovadora.

A LDA consagra que não são objeto de proteção pela lei de direitos autorais: as ideias, os sistema e métodos (inciso I, art.8º).

Leciona Luciano Andrade Pinheiro que, o método, apesar de ser uma ideia expressa de alguma forma, trata-se de um modo de expressão vinculado ⁶⁶, havendo assim, o engessamento do requisito criatividade, uma vez que o método se manifesta de uma ou de pouquíssimas formas, não permitindo transformações, adições, ou possibilidade de criação sobre outro *corpus* (PINHEIRO, 2016):

O método, apesar de uma ideia expressa se alguma forma, não é protegido pelo direito autoral em razão de ser um modo de expressão vinculado. A previsão de não proteger pela lei de direito autoral esse tipo de manifestação do pensamento se dá em virtude do engessamento do requisito da criatividade. O método se manifesta de uma ou de pouquíssimas formas, não permitindo transformações, adições, ou possibilidade de criação sobre outro *corpus*. (PINHEIRO, 2016)

Desta forma, o autor fica restrito à reprodução destes métodos, não havendo margem para criatividade, sequer transformações, adições ou possibilidade de criação sobre outro

⁶⁵ Receitas produzidas por anos, ou gerações, cujo criador original é desconhecido.

⁶⁶ No Direito norte-americano a noção de modo de expressão vinculado recebe o nome de *merger doctrine*, que, simplificando, nega proteção autoral quando uma ideia só pode ser expressa por uma ou por pouquíssimas formas. No vernáculo, *merger doctrine* significa doutrina da fusão. Essa combinação de palavras tem um sentido específico para a compreensão do conceito. Quando a ideia tem mais força, maior importância que o modo de expressão, ela se funde com o modo de expressão e prevalece. Prevalecendo a ideia, tem lugar a não proteção. (PINHEIRO, 2016)

corpus, como se dá na transformação criativa, como afirma José de Oliveira Ascensão: “não há criatividade, que é essencial à existência de obra tutelável, quando a expressão representa apenas a via única de manifestar a ideia” (PINHEIRO, 2016 *apud* ASCENSÃO, 1997, p. 39)

Nesta esteira, da ausência do elemento criatividade quando de simples reprodução de métodos, equipara-se a união de ingredientes, sendo considerados necessários para a preparação das receitas culinárias, orientações funcionais para alcançar um resultado, sem características criativas, conforme leciona Christopher Buccafusco (2007), citando uma decisão do Tribunal no julgamento do caso *Lambing v. Godiva Chocolatier*, acerca de violação de direitos autorais por cópia de uma receita do chocolate da marca Godiva, conhecida como “David’s Trinidad”, senão vejamos:

...the court was brief in its rejection of her claim. citing meredith, the court held that recipes are not copyrightable, and stated, " the identification of ingredients necessary for the preparation of food is a statement of facts. There is no expressive element deserving copyright protection in each listing. thus, recipes are functional directions for achieving a result and are excluded from copyright protection under 17 U.S.C. § 102 (b)⁶⁷. BUCCAFUSCO, 2007, p. 1129)

Em sequência, Buccafusco (2007) afirma que o posicionamento jurisprudencial é no sentido de que as receitas culinárias não possuem componentes expressivos requeridos para a proteção do direito autoral, constituindo mera união de elementos preexistentes para sua composição, ou seja, união de ingredientes:

...the recipes for dishes are merely statements of preexisting facts that do not owe their creation to the author claiming the copyright. According to this view, the contents of recipes are dictated by functional necessities, such as the requirements that an apples pie must be baked. It follows, then, that as unoriginal statements of fact, recipes lack an expressive component required by copyright jurisprudence⁶⁸. (BUCCAFUSCO, 2007, p. 1129-1130)

Por sua vez, Buccafusco (2007) passa a tecer seu entendimento, criticando as decisões jurisprudenciais, ao argumento que se basearam em receitas culinárias que já existiam, não

⁶⁷ ...o tribunal foi sucinto ao rejeitar a reivindicação. Citando Meredith, o tribunal considerou que as receitas não são protegidas por direitos autorais e declarou: "a identificação dos ingredientes necessários para a preparação de alimentos é uma declaração de fatos. Não há elemento expressivo que mereça proteção de direitos autorais em cada listagem. Portanto, as receitas são orientações funcionais por alcançar um resultado e estão excluídas da proteção de direitos autorais de acordo com 17 USC § 102 (b) (tradução nossa)

⁶⁸ ... As receitas são meramente declarações de fatos preexistentes que não devem sua criação ao autor que reivindica os direitos autorais. De acordo com essa visão, os conteúdos das receitas são ditados por necessidades funcionais, como os requisitos de que um bolo deve ser cozido. Segue-se, então, que, como declarações de fato não originais, as receitas carecem de um componente expressivo exigido pela jurisprudência de direitos autorais. (tradução nossa)

nas que são novas criações dos chefs, por este motivo concluíram que são apenas orientações funcionais para alcançar um resultado, não possuindo o requisito da originalidade.

Ocorre que, muitas receitas culinárias existentes nos restaurantes são baseadas em receitas chamadas de “domínio público culinário”, em outras palavras, já são produzidas há anos, ou até por gerações, e seus criadores originais são desconhecidos. (BUCCAFUSCO, 2007, p. 1130)

Após discorrer sobre as receitas provenientes do domínio público culinário, entendendo que, nestes casos, as receitas culinárias não merecem proteção dos direitos autorais, conclui que há casos em que não há como considerar mera união de ingredientes, em virtude da inexistência de precedentes, sendo pois criações novas, embasando seu entendimento nas receitas do chef Thomas Keller’s do restaurante Oysters and Pearls⁶⁹. (BUCCAFUSCO, 2007, p. 1130-1131)

3.2.3. Estudo de caso (Aloha x Swell)

Trata-se de uma ação judicial, interposta pela autora Aloha Alimentos Ltda ME em face de Swell Sucos e Saladas, julgada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em 18 de julho de 2017⁷⁰.

Em breve síntese, a autora da ação ordinária alega violação de direitos autorais, tendo em vista que três saladas do cardápio do seu restaurante, que foram elaboradas por um profissional da área gastronômica contratado para auxiliar na montagem, foram copiadas pela ré.

A autora alega que tomou conhecimento da abertura de um restaurante pela ré com pratos do cardápio praticamente idênticos aos da autora, especificamente três saladas: salada de tilápia, rosbife ao pesto e salada de salmão.

A sentença proferida pelo juiz de 1ª instância julgou a ação parcialmente procedente, entendendo que a elaboração de receitas gastronômicas envolve o gênio criativo humano, devendo assim, receber a devida proteção de propriedade intelectual, condenando a ré ao

⁶⁹ When the focus shifts from standard dishes to the more obviously innovative dishes like “Oysters and Pearls” that have no gastronomic precedent, it makes no sense to suggest that these innovations lack originality because they are merely statements of facts. (BUCCAFUSCO, 2009, p. 1131)

⁷⁰ Apelação nº 0015382-46.2011.8.08.0035 (035110153828). Apelante: Swell Sucos e Saladas. Apelado: Aloha Alimentos Ltda ME. Relator Des. Jorge Henrique Valle dos Santos. Data do Julgamento: 18 de Julho de 2017. Ação originária interposta na 1ª Vara Cível da Comarca de Vila Velha.

pagamento de indenização a título de danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), além de determinar a retirada das três saladas do cardápio da ré, proibindo a comercialização no estabelecimento da ré.

Inconformada com a sentença de 1º grau, a ré interpôs recurso de apelação, requerendo a reforma da sentença junto ao Tribunal de 2ª instância, sendo certo que foi acolhida pelo Tribunal, sendo reformada e declarada a inexistência de violação de direito autoral, pelas razões que serão a seguir analisadas.

Inicialmente, cumpre salientar que casos envolvendo o tema do presente estudo não têm chegado na seara do Poder Judiciário, pois são poucos os casos encontrados na jurisprudência, questionando a proteção das receitas culinárias e sua respectiva propriedade.

A escolha deste caso concreto para subsidiar o presente trabalho, foi providencial em virtude da discussão em torno do voto do relator do recurso, aduzindo os prós e contras trabalhados pela doutrina no que se refere à controvertida análise acerca do cabimento da proteção das receitas culinárias pelos direitos autorais.

O presente julgado justifica-se, pois representa a forma como o assunto está sendo tratado ao longo desta dissertação, analisando se as receitas culinárias podem ser consideradas como obras gastronômicas, e, caso positivo, em quais hipóteses e pressupostos devem ser preenchidos.

Isto posto, dependendo do entendimento adotado pelo intérprete (pró ou contra), a resposta à questão de pesquisa (As receitas culinárias podem ser protegidas pelo direito de autor?), será positiva ou negativa.

Pelo voto do relator, conclui-se que as receitas culinárias são verdadeiras criações de espírito, cabendo a tutela deste bem imaterial ao instituto do direito de autor, em conformidade com alguns trechos a seguir analisados.

Não obstante à omissão da lei de direitos autorais no tocante à criação intelectual gastronômica, surgem entendimentos divergentes quanto à aplicabilidade ou não deste diploma no âmbito da gastronomia. A seguir cabe apontar os trechos onde o relator se mostra a favor (pró) da proteção.

Se posiciona no sentido que um prato ou uma receita culinária tem caráter criativo, e são considerados obras gastronômicas, pois exprimem as vontades e subjetividades do seu

autor, equivalendo-se à legítimas formas de expressão cultural e humana, tal como as obras tradicionais, ou seja, aqueles descritas expressamente na lei⁷¹.

Essa concepção de obra gastronômica não envolve a repetição de receitas ou simplesmente a união de ingredientes culinários, contudo, a gastronomia contemporânea tem investido cada vez mais na criação de novos pratos e receitas, passando a representar a expressão do chef.

Cabe transcrever o seguinte trecho do voto do relator:

(...)importa esclarecer que a gastronomia contemporânea tem investido cada vez mais na criação de novos pratos e receitas. Busca-se o aprimoramento técnico e a descoberta de novos sabores e visuais gastronômicos.

Portanto, cozinhar, muitas vezes, deixa de ser uma mera repetição de técnicas e receitas, passando a representar a expressão do artista – o cozinheiro-, a qual tem como produto a sua obra gastronômica, e embora muitos não a considerem uma legítima obra artística, o seu caráter criativo é inegável.

Assim sendo, compreende-se que um prato ou uma receita culinária podem ser conceituados como obras gastronômicas quando conseguem, em verdade, exprimir as vontades e subjetividades do seu autor, revelando-se legítimas formas de expressão cultural e humana, assim como é a pintura, fotografia, obra dramática, audiovisual, dentre outras expressões artísticas.

Obviamente, essa concepção de obra gastronômica não envolve a repetição de receitas ou mesmo inovação de técnicas de montagem, apresentação ou simplesmente a união de ingredientes culinários. (TJ/ES. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0015382-46-2011.8.08.0035. Rel. Des. Jorge Henrique Valle dos Santos. Data do Julgamento: 18/07/2017)

Ultrapassado o entendimento de que a obra gastronômica pode ser considerada uma obra artística, o relator ressalta que a receita ou prato é uma forma de exteriorização da criatividade, captável através dos sentidos. Desta forma, deixa claro que se trata de uma obra artística materializada em um suporte, qual seja, o prato ou a receita.

Adentrando na análise específica do caso concreto apresentado, ou seja, as três saladas, o Tribunal entendeu que não se trata de verdadeiras criações de espírito, uma vez que os ingredientes utilizados nas saladas estão presentes na maioria das receitas de diversas saladas, não envolvendo um processo de criação do chef. Neste caso, as saladas representam apenas uma união de ingredientes ou reprodução de métodos, o que extrai a seguir:

Desta forma, depreendo que as 3 (três) saladas postas em questão pelo Autor-Apelado não podem ser consideradas obras gastronômicas, por não envolverem evidente

⁷¹ Outrossim, não se pode duvidar que as obras gastronômicas representam uma evolução das formas de expressão artística, na contramão do tradicional conceito de arte. Assim, por compreender que o campo da arte é altamente abrangente, não deve o Direito prestar-se a restringi-lo, tendo em vista que é dever deste ramo da ciência promover a sua devida adequação com as transformações sociais e com a nova realidade, a fim de oferecer maior eficácia jurídica. (TJ/ES. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0015382-46-2011.8.08.0035. Rel. Des. Jorge Henrique Valle dos Santos. Data do Julgamento: 18/07/2017)

processo de criação. Entende-se assim pois estas representam a união de ingredientes comumente utilizados em diversas outras receitas deste gênero que podem, inclusive, ser encontradas em receitas de internet e livros.

As referidas saladas representam, portanto, um método de escolha e organização de ingredientes comuns, não podendo ser consideradas produtos de uma expressão artística autêntica.

Ademais, ainda que não seja possível encontrar outra salada idêntica e que foi confeccionada pela Autora-Apelada, os principais ingredientes das 3 (três) saladas contestadas estão presentes na maioria das receitas de diversas saladas. Portanto, o que se tem é uma simples variação dos demais ingredientes. ((TJ/ES. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0015382-46-2011.8.08.0035. Rel. Des. Jorge Henrique Valle dos Santos. Data do Julgamento: 18/07/2017)

Diante do exposto, embora as receitas culinárias possam e devam ser tuteladas pelo direito autoral, pois são criações de espírito, fruto da criatividade dos chefs, da mesma forma que as obras de arte tradicionais, tais como: poemas, audiovisuais, música, livros, etc, após a análise da constituição das três saladas, o Tribunal exarou o acórdão não acolhendo o pedido de violação dos direitos autorais, posto que os ingredientes e técnicas utilizadas no preparo das três saladas não deram origem à obras gastronômicas, não havendo qualquer originalidade empregada na elaboração.

Importante ressaltar que assegurar a proteção do direito autoral a simples fórmulas ou métodos de união de ingredientes simplórios seria garantir um monopólio de receitas, sob pena de restringir o exercício da livre concorrência de mercado, cabendo este registro, senão vejamos:

Registro que, em meu entender, as receitas culinárias podem sim ser objeto da tutela do direito autoral, desde que representem um verdadeiro processo de criação, e não somente fórmulas ou métodos de união de ingredientes simplórios. Caso contrário, estaríamos indo de encontro ao objetivo de direito autoral, que é justamente tutelar as autênticas criações de espírito.

Diante dessa situação, seria despropositado permitir a monopolização de receitas que representam uma mera junção de ingredientes comuns, que não se tratam de verdadeira criação de espírito, sob pena de restringir o exercício da livre concorrência de mercado. (TJ/ES, 2017, online)

Por fim, vale registrar que com base na observação características dos restaurantes mais populares e bem-sucedidos financeiramente, em muitos casos, o sucesso dos restaurantes é determinado pelo nível de criatividade dos cardápios, e com o crescimento dos negócios é de se esperar que litígios aumentem em virtude de cópias de suas obras intelectuais por restaurantes concorrentes. (BROUSSARD, 2006, p. 694-695)

In many cases, a restaurant's success is determined by the level of creativity in its menu. Patrons saturated by the same offerings actively seek out new gastronomic experiences, ready to spend top dollar on dishes that will not only fill their stomachs but also delight their senses. As competing chefs fight for their menu items to be noticed by food critics and the public at large, some attempt to invoke intellectual property concepts to protect their culinary creations, as did Rebecca Charles. As the restaurant business grows, litigation between restaurateurs should be expected to increase, although intellectual property law remains seemingly unsure about whether to sink its teeth into the now prominently asserted interests in original culinary creations.

The purpose of this note is to explore the emergence of intellectual property "food fights," asking whether copyright protection should be available to chefs whose original menu items become pirated by competing restaurateurs. It appears that a chef in the restaurant industry will need more than just sharp cutlery to be successful; Sharp legal intellect might also be required⁷². (BROUSSARD, 2006, p. 694-695)

3.3. Teoria do *negative space*

Entende-se por *negative space* aqueles campos de criatividade e inovação que, histórica ou doutrinariamente, por diversas razões, não estão protegidos pelas leis de propriedade intelectual, seja total ou substancialmente, tais como, mas não limitados a: criações da moda, receitas culinárias, tatuagens, grafites (*street art*), truques de mágicas (RAUSTIALA & SPRIGMAN, 2017, p. 1), sendo que estas criações são tratadas no presente trabalho como supostas novas formas de expressão artísticas.

A realidade demonstra que estes campos de criação, apesar de não protegidos por normas legais no que tange aos aspectos relativos à propriedade intelectual, têm seu mercado de atuação em franco crescimento, não causando abalo a ausência de *enforcement* para seus ativos imateriais. Buscando exemplos na atualidade, ou mesmo em rápida busca no Google, nos deparamos com criações de *street art* do artista Kobra, seja no Porto Maravilha do Rio de Janeiro ou em Nova York, criações de moda da estilista Patrícia Bonaldi (marca PatBo), que a cada dia se torna mais famosa e aumenta suas lojas em torno do mundo, a crescente "onda" de chefs celebridades na TV ou na internet, em publicações de livros contendo suas receitas

⁷² Em muitos casos, o sucesso de um restaurante é determinado pelo nível de criatividade em seu menu. Os clientes saturados pelas mesmas ofertas buscam novas experiências gastronômicas, prontos para gastar um dólar alto em pratos que não apenas encham o estômago, mas também encantam os sentidos. Enquanto os chefs concorrentes lutam para que seus itens de menu sejam notados pelos críticos de alimentos e pelo público em geral, alguns tentam invocar conceitos de propriedade intelectual para proteger suas criações culinárias, assim como Rebecca Charles. À medida que o negócio de restaurantes cresce, espera-se que o litígio entre os donos de restaurantes aumente, embora a lei de propriedade intelectual permaneça aparentemente insegura sobre a possibilidade de cravar os dentes nos interesses agora reivindicados com destaque nas criações culinárias originais.

O objetivo desta nota é explorar o surgimento de "brigas culinárias" de propriedade intelectual, perguntando se a proteção de direitos autorais deve estar disponível para chefs cujos itens de menu originais são pirateados por restaurantes concorrentes. Parece que um chef da indústria de restaurantes precisará de mais do que apenas talheres afiados para ter sucesso; Um intelecto jurídico apurado também pode ser necessário. (tradução nossa)

culinárias, programas de televisão, jurados de *realities shows*, licenciamento de produtos com seu nome, etc.

Este fenômeno é denominado pela doutrina de “*low-IP environment*”⁷³, ou seja, apesar da total ou substancial ausência de normas protetivas de propriedade intelectual, as artes destas indústrias criativas existem com sucesso no *negative space*, não sendo imprescindível a existência de leis de propriedade intelectual para regulação, conforme leciona Cathay Smith (2013) se referindo ao *street art*:

...despite existing in such a low-IP environment, one need only to peruse the streets of London, New York, Los Angeles, Buenos Aires or any city to recognize that street art is flourishing in our society. The fact that street art has thrived instead of diminished in a low-IP environment supports the argument that street art is a creative industry successfully existing in intellectual property’s “negative space”, and may not need the artificial exclusivity offered by intellectual property laws in order to exist⁷⁴(SMITH, 2013, p. 282)

Podemos dizer que as receitas culinárias integram uma indústria criativa que prospera, haja vista o grande crescimento de faculdades de gastronomia, programas de televisão, inclusive em horário nobre, como Materchef, Mestre dos Sabores, Cozinha sob Pressão, além do boom dos chefs celebridades, como Alex Atalla, Felipe Bronze, Claude Troisgros, Henrique Fogaça, Bela Gil, dentre outros. Desta feita, as receitas culinárias existiriam no *negative space*, senão vejamos o entendimento doutrinário:

Cuisine thus exists in IP’s “negative space”: It is relatively unprotected by formal IP laws. Although it is legal to copy culinary creations, creative production somehow continues, which would seem to contradict the accepted wisdom that intellectual property protection is required to stimulate creation. In other words, the restaurant industry functions in what Kal Raustiala and Christopher Sprigman have identified as a “low-IP equilibrium”⁷⁵ (STRAUS, 2012, p.186)

Ocorre que, os autores das receitas culinárias têm desenvolvido normas e regras procedimentais entre si, que visam, de certa forma, assegurar a propriedade intelectual, integrando associações formadas por seus pares, onde além de troca de informações, se

⁷³ Importante salientar que para a criação existir no *negative space*, a indústria criativa não necessita apenas existir no denominado “*low-IP environment*”, mas também prosperar neste ambiente (ROSENBLATT, 2011, p. 317,325)

⁷⁴ ... apesar de existir em um ambiente de baixa PI, é preciso apenas examinar as ruas de Londres, Nova York, Los Angeles, Buenos Aires ou qualquer cidade para reconhecer que a arte de rua está florescendo em nossa sociedade. O fato de a arte de rua ter prosperado em vez de diminuído em um ambiente de baixa PI apóia o argumento de que a arte de rua é uma indústria criativa que existe com sucesso no “espaço negativo” da propriedade intelectual e pode não precisar da exclusividade artificial oferecida pelas leis de propriedade intelectual para existir. (tradução nossa)

⁷⁵ Portanto, a culinária existe no “espaço negativo” da PI: é relativamente desprotegida pelas leis formais da PI. Embora seja legal copiar criações culinárias, a produção criativa continua de alguma forma, o que parece contradizer a sabedoria aceita de que a proteção à propriedade intelectual é necessária para estimular a criação. Em outras palavras, a indústria de restaurantes funciona naquilo que Kal Raustiala e Christopher Sprigman identificaram como um “equilíbrio de baixa PI”. (tradução nossa)

reportam a códigos de ética, que atribuem a seus associados direito de créditos aos autores, como a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes – ABRASEL, que criou o REGGA, um registro de receitas culinárias, que, embora não tenha valor legal, pode servir de prova de autoria e anterioridade em eventual ação judicial.

Na França, o registro de uma receita culinária pode ser realizado no Conservatório Nacional de Cozinha, que não é ligado ao Registro de Propriedade Intelectual. (GUILLÉN, 2016, p. 261).

El registro de una obra culinária también podría practicarse em otros registros distintos del Registro de la Propiedad intelectual, como sucede en Francia em el Conservatoire National de Cuisine , que depende de la Académie Nationale de Cuisine.

Siguiendo el modelo francés, creemos necesario proponer la creación de um registro nacional de similares características, que podría depender tal vez de la Real Academia de Gastronomía, ofreciendo a los autores la posibilidad de depositar documentos relacionado com sus obras culinarias de las que pueda predicarse su creatividad y singularidade⁷⁶. (GUILLÉN, 2016, p. 261-262)

Importante salientar que há entendimento que a razão para a ausência de leis de propriedade intelectual para a indústria culinária pode estar no sucesso de sua “informal” regulação:

One reason for copyright law’s absence from the culinary industry may be attributed to the industry’s success in formal self-regulation. Culinary professionalism emphasizes not only the maintenance of a culture of respect for the dining public, but also for fellow chefs. Many culinary and food service organizations publish codes of ethics instructing member chefs to adhere to the highest level of culinary professionalism⁷⁷. (BROUSSARD, 2016, p. 709)

Por outro lado, muitos autores (chefs) preferem dividir suas receitas entre seus pares, o que chamam de cultura da hospitalidade. Assim, alguns chefs se sentem satisfeitos com este sistema colaborativo existente entre eles, onde suas ideias (receitas culinárias) são postas em

⁷⁶ O registro de um trabalho culinário também pode ser realizado em registros que não sejam o Registro de Propriedade Intelectual, como é o caso da França no Conservatório Nacional de Cozinha, que depende da Académie Nationale de Cuisine. Seguindo o modelo francês, acreditamos que é necessário propor a criação de um registro nacional de características semelhantes, o que talvez dependa da Academia Real de Gastronomia, oferecendo aos autores a possibilidade de depositar documentos relacionados às suas obras culinárias, das quais sua obra pode ser registrada em sua criatividade e singularidade. (tradução nossa)

⁷⁷ Uma razão para a ausência da lei de direitos autorais na indústria culinária pode ser atribuída ao sucesso da indústria na auto-regulação formal. O profissionalismo culinário enfatiza não apenas a manutenção de uma cultura de respeito pelo público gastronômico, mas também entre os chefs. Muitas organizações culinárias e de serviços alimentícios publicam códigos de ética instruindo os chefs-membros a aderir ao mais alto nível de profissionalismo culinário. (tradução nossa)

circulação⁷⁸, sendo certo que a ideia de divisão e hospitalidade apresentada se põe em conflito com a concessão de exclusiva sobre as receitas. (BUCCAFUSCO, 2007, p.1151-1153)

3.4. Alternativas ao direito autoral

Tendo em vista a ausência de norma protetiva de direito autoral para as receitas culinárias, os chefs têm se valido de alternativas com vistas a proteger os bens intangíveis. Desta forma, observa-se registro marcário, seja do nome do prato criado ou do nome do chef ou do estabelecimento. Além dos registros marcários tradicionais, cabível também o registro do conjunto-imagem (*trade dress*) do prato ou mesmo do *layout* do estabelecimento.

Entretanto, cabe salientar que não há menção expressa ao *trade dress* no ordenamento jurídico brasileiro, nem mesmo na Lei da Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), a sua proteção tem sido efetivada, principalmente, através da repressão aos atos de concorrência desleal.

Importante destacar a existência de uma relação entre estes bens imateriais, isto é, os nomes dados aos pratos, o nome do chef ou do estabelecimento, além do *trade dress* do prato (empratamento) ou do estabelecimento com a receita culinária criada, que, muitas vezes, é a razão do real sucesso do chef e/ou estabelecimento.

Outra forma de precaução é formalizar o negócio jurídico mediante um contrato, seja inserindo uma cláusula de *non-compete* (não concorrência) ou de sigilo e confidencialidade no contrato de trabalho com seus empregados, seja mediante um acordo de confidencialidade (*non disclosure agreement* - NDA) entre as partes.

Cabe ainda destacar o registro de patentes⁷⁹, principalmente nas inovações da gastronomia molecular, que, em regra, consistem em métodos e sistemas para o preparo de

⁷⁸ A ideia de por as ideias em circulação coaduna com o proposto por Lewis Hyde, autor do livro “A Dádiva”, no sentido de doação, a relação entre artista e público, que é marcada por um vínculo emocional que não existe na simples troca de mercadorias, ao argumento que não há como ganhar muito dinheiro com as ideias, é preferível vê-las em circulação. (FREITAS, 2011)

⁷⁹ Among the most notable culinary patents is one granted to Homaro Cantu, the molecular gastronomist chef at the acclaimed Chicago restaurant Moto, who invented a “system and methods for preparing substitute food items.” Cantu adapted a printer to print flavored edible inks onto thin paper made of edible starches; a dinner at Moto might include a bite-sized sheet of tapioca decorated with a picture of sushi that tastes like the image. Prior to Cantu’s application, there were patented inventions that could perform similar, although not identical, processes. In December 2002, a patent was issued for. An apparatus for printing an image on a generally non-absorbent surface of a food item selected from the group consisting of chocolate, cheese and the like or a combination thereof includes a computer allowing an operator to create a unique template for the food item. The apparatus further includes software adjusting a scanned image to the created template and a production line controllably operating a process of making the food product that corresponds to the template. Also, the apparatus has a

itens alimentares, sendo certo que atualmente trata-se de uma infinidade inimaginável de inventos que podem advir da mente humana, inclusive invenções alimentares feitas através de impressões em 3D, cabendo ressaltar que este ativo de propriedade intelectual não será desenvolvido neste trabalho.

3.4.1. Marca, *trade dress* ou sigilo

Marca é todo sinal distintivo, visualmente perceptível, que identifica e distingue produtos e serviços, bem como certifica a conformidade dos mesmos com determinadas normas ou especificações técnicas. A marca registrada garante ao seu proprietário o direito de uso exclusivo no território nacional em seu ramo de atividade econômica. Ao mesmo tempo, sua percepção pelo consumidor pode resultar em agregação de valor aos produtos ou serviços.

Como as receitas culinárias não são registráveis pelo direito autoral, os chefs buscam uma forma de proteção através do registro do nome do estabelecimento, nome dado à receita culinária ou do seu próprio nome, como é conhecido publicamente na mídia, como marca registrada junto ao INPI⁸⁰.

Ex1: “Gran Gateau Paris 6”, foi depositado o nome da receita para registro como marca no INPI – nº do processo 906729874, apresentação mista, na classe internacional 30 (bolos, confeitos, doces), registro concedido em 11/09/2018.

mechanism for treating the surface of the food item so as to directly print the image on its non-absorbent surface. (KAUFMAN, 2009, p. 195)

⁸⁰ The names of restaurants, the names of individual dishes, and catchphrases may serve as trademarks. Chefs may also trademark their own names, which they can then license to their own restaurant business entity, other restaurants, or diffusion lines of packaged food, cookware, or other forms of merchandise (STRAUS, 2012, p.195)

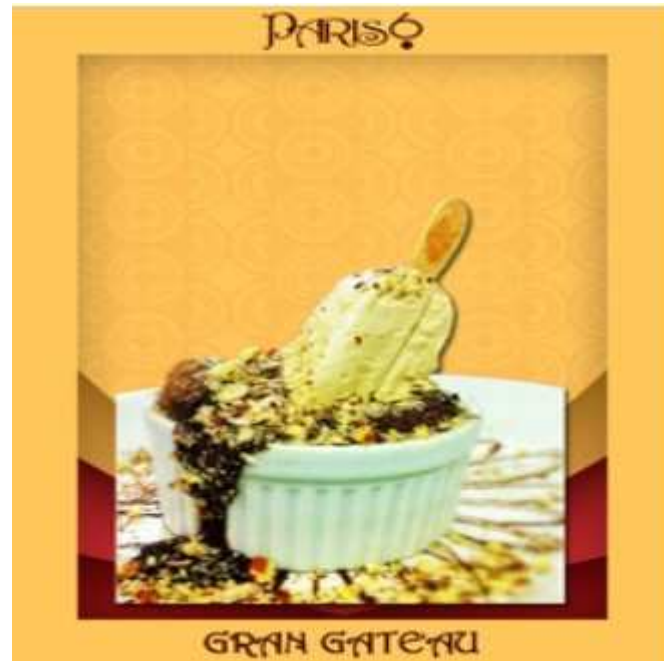


Figura 1 – Gran Gateau Paris 6 ®

Ex 2: “Crème Brûlée Paris 6”, foi depositado o nome da receita para registro como marca no INPI – nº do processo 906742480, apresentação mista, na classe internacional 30 (bolos, confeitos, doces), registro concedido em 12/07/2016.

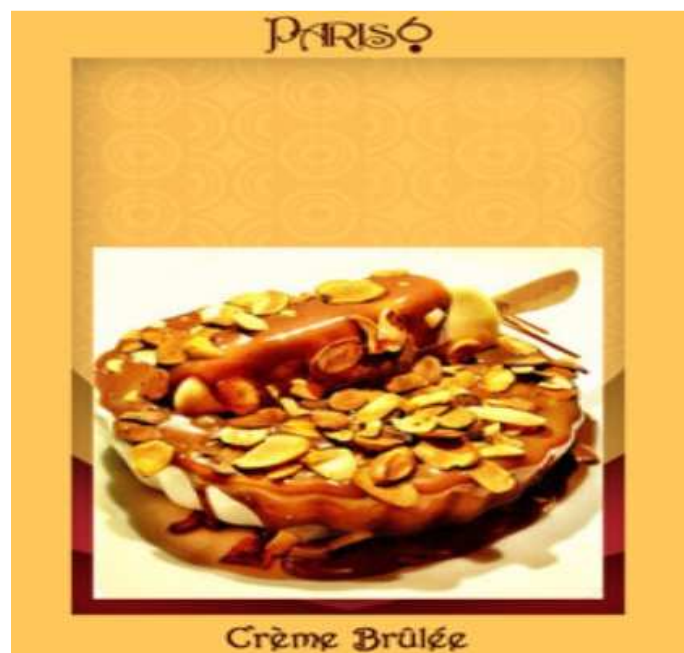


Figura 2 - Crème Brûlée Paris 6®

Ex 3: “Henrique Fogaça”, foi depositado o nome do chef como marca no INPI – nº do processo 911968105, apresentação nominativa, na classe internacional 9, registro concedido em 26/12/2018.

Ex 4: “Bela Gil”, foi depositado o nome do estabelecimento, que é o mesmo da chef, nº do processo 907628656, apresentação mista, na classe internacional 43 (alimentação natural, macrobiótica), registro concedido em 01/11/2016.



Figura 3 – Bela Gil®

Ex 5: “Oro Restaurante”, restaurante do chef Felipe Bronze, foi depositado o nome do estabelecimento, nº do processo 902517597, apresentação mista, na classe internacional 43 (restaurantes), registro concedido em 22/01/2013.

A partir da divulgação na mídia, aumentando os lucros com o estabelecimento e com a monetização de suas próprias personalidades, muitos chefs passaram a licenciar uma gama de produtos com suas respectivas marcas registradas, como, por exemplo a chef Bela Gil, conhecida por criar receitas culinárias elaboradas com produtos exclusivamente orgânicos e veganos, contando com seu restaurante e programa de televisão, já possui licenciamento de produtos como: brownie orgânico, calcinha absorvente, fraldas e absorventes ecológicos, sabão de coco em pasta, azeite andorinha orgânico, enxoval para bebês com produtos sustentáveis, dentre outros. Podemos fazer uma analogia às celebridades da mídia e jogadores de futebol (Xuxa, Eliana, Ana Hickman, Neymar, dentre outros), que emprestam sua imagem

e/ou nome para campanhas publicitárias e recebem *royalties* de produtos licenciados, senão vejamos os exemplos trazidos por Austin Broussard (2006):

Emeril's Web site proudly feature his own self-styled brands of cookware, cutlery, cookbooks, tableware, apparel, kitchen textiles, mustards, spices, sauces, dressings, salsas, and even cooking sprays.

The commercial success of these three chefs is illustrative of the possibility for celebrity status in the world of cooking. In the competitive business of owning and operating restaurants, the selling power of celebrity can mean the difference between financial triumph and bankruptcy. The allure of commercial success is likely what inspires young chefs to innovate new dishes and culinary styles, is an effort to arrest the attention of the media and general public. This constant competition between chefs for originality and recognition will likely lead more chefs, like Rebecca Charles, to assert intellectual property rights in their dishes⁸¹. (BROUSSARD, 2006, p.702)

Com relação ao *trade dress* (ou, como também é denominado, o conjunto-imagem), pode-se definir como o conjunto de características visuais e sensoriais de determinado produto ou estabelecimento comercial, o qual permite que os consumidores sejam capazes de identificar sua origem, distinguindo-os dos demais existentes no mercado. O *trade dress* enquanto “imagem global” que se apresenta aos consumidores, pode influenciar na decisão destes (GUILLÉN, 2016, p. 307). Desta forma, conclui-se que pode ser composto pelos mais diversos elementos como, por exemplo, uma combinação de cores, texturas, o cardápio do restaurante⁸², uma disposição específica de móveis e ornamentos, um formato exclusivo de embalagem e, até mesmo, cheiros, paladares e sonoridades específicas.

Segundo leciona Santiago Robert Guillén (2016), as receitas culinárias podem ser apreciadas/avaliadas pelo consumidor através de imagens contidas na internet ou em publicações, como, por exemplo, o cardápio de um restaurante, que tanto pela sua composição visual quanto pela configuração do próprio cardápio, podem destacar a originalidade suficiente para reconhecimento de um direito de exclusiva, senão vejamos:

⁸¹ O site da Emeril orgulhosamente apresenta suas próprias marcas de utensílios de cozinha, talheres, livros de culinária, talheres, roupas, têxteis de cozinha, mostardas, temperos, molhos, salsas e até sprays de cozinha.

O sucesso comercial desses três chefs é ilustrativo da possibilidade de status de celebridade no mundo da culinária. No negócio competitivo de possuir e operar restaurantes, o poder de venda das celebridades pode significar a diferença entre triunfo financeiro e falência. O fascínio do sucesso comercial é provavelmente o que inspira jovens chefs a inovar novos pratos e estilos culinários, é um esforço para prender a atenção da mídia e do público em geral. Essa constante competição entre chefs por originalidade e reconhecimento provavelmente levará mais chefs, como Rebecca Charles, a requerer direitos de propriedade intelectual em seus pratos. (tradução nossa)

⁸² La singularidad de las cartas de los restaurantes há sido reconocida por la jurisprudencia francesa, qua las há protegido como obras del ingenio por el derecho de autor. El carácter utilitário de la carta no impedia su protección por el derecho de autor.

En Estados Unidos, la District Court de Kansas, em uma conhecida sentencia reitero el critério de la jurisprudência francesa, al afirmar que la apariencia o disposición general de una carta de restaurante (overall layout) puede ser objeto de protección por el copyright. Segun el tribunal, el carácter distintivo de la carta puede derivarse de la apariencia, colorido, caligrafía, fotografías y, em general, de su aspecto, pero también de su estructura, em cuanto puede concebirse como uma compilación de elementos independientes. (GUILLÉN, 2016, p. 311-312)

La carta de um restaurante, em quanto imagen comercial distintiva, em si mesma o por formar parte del trade dress del restaurante, podrá ser protegida contra comportamientos desleales⁸³. (GUILLÉN, 2016, p. 313).

Nesta mesma esteira de pensamento, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, condenou a rede de restaurantes Coco Bambu por prática de concorrência desleal por copiar o *layout* dos cardápios, dos ingredientes e descrição dos pratos, vestimenta dos garçons da rede Camarões Restaurante. A seguir a ementa do julgado do processo e figura de uma bebida característica do restaurante Coco Bambu, servido no copo de madeira e com os adereços da marca:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA E AÇÃO ORDINÁRIA. JULGAMENTO SIMULTÂNEO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA SUSCITADA PELA APELANTE. REJEIÇÃO. MÉRITO: ALEGAÇÃO DE PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL E VIOLAÇÃO DO CONJUNTO IMAGEM (TRADE DRESS) DE ESTABELECIMENTO DA PARTE AUTORA. FLAGRANTE SEMELHANÇA DE FORMATAÇÃO, DIAGRAMAÇÃO E LAYOUT DE CARDÁPIOS, VESTIMENTAS DE GARÇONS, REFEIÇÕES OFERECIDAS E ESTRUTURA ARQUITETÔNICA ENTRE OS RESTAURANTES PERTENCENTES AOS LITIGANTES, GERANDO CONFUSÃO ENTRE OS CONSUMIDORES. ROBUSTEZ DO CONJUNTO PROBATÓRIO JUNGIDO AOS AUTOS PELA PARTE DEMANDANTE. EMAILS DE CONSUMIDORES E FORNECEDORES, BEM COMO PROVAS TESTEMUNHAIS QUE DEMONSTRAM A CONTRAFAÇÃO (IMITAÇÃO) DO MODELO DE NEGÓCIO ADOTADO PELA PARTE AUTORA. DEVER DE INDENIZAR QUE SE IMPÕE. DANOS MORAIS E MATERIAIS PRESUMIDOS. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 209 DA LEI Nº 9.279/96. LUCROS CESSANTES A SEREM ARBITRADOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. LESÃO EXTRAPATRIMONIAL FIXADA EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS), EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DECISÃO SINGULAR REFORMADA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO APELO.⁸⁴ (Tribunal de Justiça do Estado do rio Grande do Norte. Apelação Cível nº 2017.003523-2. Rel. Des. Claudio Santos. Data do Julgamento: 31/10/2017)

⁸³ O cardápio de um restaurante, como uma imagem comercial distinta, por si só ou como parte da roupa do restaurante, pode ser protegido contra comportamentos desleais. (tradução nossa)

⁸⁴ v. <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/12/acordaotjrmcocobambu.pdf>



Figura 4 – Bebida do cardápio do restaurante Coco Bambu⁸⁵

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou improcedente a ação judicial interposta pelo restaurante Paris 6, ao argumento que uma sobremesa reconhecida em seu estabelecimento, estaria sendo copiada, entendendo que haveria violação pelo *trade dress* da sobremesa, passível de proteção. Contudo, o Tribunal decidiu que a sobremesa não apresenta qualquer especialidade ou traço distintivo em relação a outras do mesmo gênero, senão vejamos um trecho do voto do relator do processo, Des. Francisco Loureiro:

(...)Beira o absurdo que a ré queira impedir a autora ou terceiros de servir um pequeno bolo num pote com um picolé na diagonal, calda e ingredientes diversos, ao argumento de que se trata de conjunto de imagem original e singular. Admitir a tese da ré seria, pela via transversa do *trade dress*, dizer que somente a ré recorrente pode preparar a sobremesa. Seria patentear o que não é patenteável, usando a roupagem do conjunto imagem. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível nº 1114716-29.2014.8.26.0100. Rel. Des. Francisco Loureiro. Data do Julgamento: 21/09/2016)

⁸⁵ Fonte da imagem: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/coco-bambu-condenado-por-copiar-cardapio-e-formula-de-restaurant-em-natal/>>



Figura 5 – sobremesa do cardápio do restaurante Paris 6⁸⁶

Quanto à jurisprudência relacionada à cópia de *layout* dos restaurantes, conforme demonstrado na Figura 6 abaixo, cabe também citar a decisão da 18ª Vara Cível de Pernambuco⁸⁷ que condenou o restaurante Julietto, estabelecido em Recife, por utilizar a configuração ou estruturação similar à aparência dos estabelecimentos da Rede Spoleto.



⁸⁶ Fonte da imagem: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI251551,21048-Restaurante+Paris+6+nao+consegue+exclusividade+sobre+receita+de>>

⁸⁷ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Apelação Cível nº 2017.003523-2. Relator Desembargador Claudio Santos. Data do Julgamento: 31/10/2017

Figura 6 – *layout* do Camarões restaurante⁸⁸

Da mesma forma, Guillén (2016) entende que os elementos que constituem o “*look and feel*” de um restaurante, como a decoração, ambientação ou o serviço pessoal, tem o poder de transmitir informações ao consumidor, que podem abarcar desde valores, qualidades ou até sentimentos, sendo que as receitas culinárias são parte primordial deste “*look and feel*”. (GUILLÉN, 2016, p. 321).

Outra alternativa que os chefs podem se valer, é a celebração de acordo de confidencialidade com seus empregados ou qualquer pessoa que possa tomar conhecimento de alguma informação, técnicas de cozimento, peculiaridades de certas receitas, fornecedores de insumos exclusivos, ou acesso a fotografias, que possam ameaçar a exclusividade de sua criação, conforme leciona Sarah Segal (2016):

The restaurant industry is no stranger to litigation involving trade secret misappropriation claims. In some cases, restaurants have received trade secret protection over various types of proprietary information, such as cooking techniques, supplier lists, operational manuals, nonpublic marketing research, and architectural plans – including kitchen design⁸⁹. (SEGAL, 2016, p. 1553)

Além disso, alguns contratos ainda contemplam cláusula de não concorrência (*non compete*), evitando que o empregado revele algum segredo, caso haja rescisão de seu contrato.

Com a inclusão desta cláusula no contrato de trabalho pode-se evitar, ou, de certa forma minimizar litígios, como, o caso do Pearl Oyster Bar (Pearl) vs. Edward Mc Farland,⁹⁰ em 2007 nos EUA, que teve grande repercussão na mídia e *blogs* de gastronomia, onde a dona e chefe do Pearl, Rebecca Charles alegou que o réu, ex-empregado, abriu um novo restaurante algumas semanas após deixar o Pearl, chamado Ed’s Lobster Bar, e copiou o cardápio inteiro do Pearl (BROUSSARD, 2006, p. 693).

⁸⁸ Fonte da imagem: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI271422,21048-Coco+Bambu+e+condenado+por+imitar+Camaroes+Restaurante>>

⁸⁹ A indústria de restaurantes não é estranha a litígios envolvendo reivindicações de apropriação indevida de segredos comerciais. Em alguns casos, os restaurantes receberam proteção de segredos comerciais sobre vários tipos de informações, como técnicas de cozinha, listas de fornecedores, manuais operacionais, pesquisa de marketing não pública e planos arquitetônicos - incluindo o design da cozinha. (tradução nossa)

⁹⁰ On June 26, 2007, Rebecca Charles, the owner and executive chef of the critically celebrated Pearl Oyster Bar (Pearl) in lower Manhattan, filed a complaint in federal court against her former sous chef, Edward McFarland. She alleged that McFarland “pirated Pearl’s entire menu” and “copied all aspects of Pearl’s presentation of its dishes” when he opened Ed’s Lobster Bar only weeks after quitting his position at Pearl. The Charles – Mc Farland case has garnered much attention in the media, as well as in food and dining blogs across the Internet. (BROUSSARD, 2006, p. 693)

Cabe destacar ainda uma ação judicial interposta perante o Tribunal de Justiça de São Paulo⁹¹, entre os restaurantes Antiquarius vs. A Bela Sintra, onde o Antiquarius acusou o dono do restaurante A Bela Sintra, ex-gerente do Antiquarius, de ter aberto um novo restaurante e ter contratado seu antigo chef, que copiou as suas receitas.

⁹¹ Tribunal de Justiça de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 9078572-70.2007.8.26.0000. Apelante: Rovema Restaurante Ltda, Restaurante Antiquarius. Apelado: Carlos Alberto Betencourt Machado Carrilho. Data do Julgamento: 10/11/2009.

CAPÍTULO 4. CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi demonstrar até que ponto as receitas culinárias possuem os requisitos essenciais para a caracterização de uma possível proteção pelo direito de autor.

Partindo do pressuposto que a mente livre e criativa do autor não possui limites à atividade inventiva, podem surgir diversas supostas novas formas de expressão artísticas que não se encontram expressamente elencadas na LDA, como é o caso das receitas culinárias, objeto deste estudo.

É fato que para a proteção legal pelo instituto do direito de autor, faz-se necessária a presença de alguns requisitos essenciais, em especial a originalidade da obra intelectual, sendo certo que a sua aferição se baseia em critérios subjetivos.

O estudo apesar de citar diversas supostas novas formas de expressão artísticas, concentra-se nas receitas culinárias, propondo a análise de um caso concreto, onde o julgador se posicionou no sentido de que as receitas culinárias podem ser consideradas obras intelectuais admitidas como criações de espírito, emanadas da criatividade humana, e passíveis de investimentos para sua construção e/ou inovação, cabendo, assim, a possibilidade de se admitir o registro para sua proteção.

Desta feita, a dissertação analisou os argumentos utilizados pela doutrina e jurisprudência pela possibilidade ou não de proteção legal das receitas culinárias, abordando a teoria da transformação criativa, que busca explicar o caminho desenvolvido pela mente inventiva do indivíduo, atualmente ligada em tecnologia, inovação e conhecimento cultural, para resultar na criação de uma obra intelectual nova.

Em contraponto a esta atividade inventiva, que alcança a criação de receitas culinárias, cabe questionar se apresentam caráter criativo suficiente para a tutela pelo direito de autor, ou seja, se podem ser consideradas criações de espírito, fruto de um processo criativo ou simples reprodução de métodos.

Sendo assim, verifica-se que as decisões judiciais têm se posicionado no sentido de que as receitas culinárias não podem ser protegidas pelo direito de autor, pois não possuem o requisito da originalidade, além das divergências apontadas acerca da materialização destas obras, por serem consideradas perecíveis, bem como da necessidade de demonstração de seu caráter estético e não apenas de cunho utilitário, posto que sua natureza primária seria suprir as necessidades corporais, como as calorias necessárias para o indivíduo.

No entanto, a decisão do caso concreto analisado na dissertação, concluiu que as obras gastronômicas são passíveis de receber tutela dos direitos autorais, compreendendo-se como verdadeiras criações de espírito, conforme já mencionado.

Além da discussão acerca da possibilidade de proteção das receitas culinárias pelo direito de autor, ao longo do trabalho, restou demonstrado também, inclusive mediante análise de casos práticos, a questão da proteção legal das receitas culinárias, pelos demais ativos intangíveis de propriedade intelectual, mais especificamente sobre a proteção pelo *trade dress*, marca ou sigilo. Para tanto, relevante a apresentação dos exemplos, como a ação judicial movida pelo Paris 6, famoso restaurante, que alegou violação de direito marcário e concorrência desleal por reprodução indevida de uma sobremesa, tendo a decisão judicial entendido pela ausência de originalidade, bem como rechaçado a violação de *trade dress* por não apresentar qualquer traço distintivo em relação a outras do mesmo gênero.

Cumpram-se também a análise da teoria do *negative space*, cuja qual sugere que nem todas as formas de expressão artísticas são passíveis de proteção pela propriedade intelectual.

Conclui-se que, o objetivo primordial da dissertação foi a análise da possibilidade de proteção das receitas culinárias pelo direito de autor, apresentando outras formas alternativas para proteção, e, em sequência desenvolveu o entendimento se a proteção pela propriedade intelectual é, de fato, necessária, uma vez que embora com a ausência de *enforcement*, trata-se de uma indústria criativa que tem prosperado.

Vale ressaltar a importância de debater tal questão, escopo deste trabalho, uma vez que os autores, muitas vezes, se sentem desprotegidos juridicamente, não havendo no ordenamento jurídico brasileiro, norma protetiva para as receitas culinárias, conforme já mencionado, devendo a solução ser revisitada caso a caso. A fim de demonstrar tal preocupação dos autores em proteger suas obras intelectuais, cumpre salientar que foi instituída a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (Abrasel-SP), que criou o Registro de Receitas, Produtos e Serviços da Área de Gastronomia – REGGA, com o intuito de garantir a proteção autoral aos profissionais do setor gastronômico. É fato que, este registro não tem valor legal, contudo, serve como meio de prova de autoria e anterioridade, em caso de futuro litígio.

Por fim, em se tratando de um tema que pressupõe caráter bastante subjetivo para análise do intérprete da lei, e, por consequência, não há uma resposta taxativa à questão de pesquisa, resta ao tema a possibilidade de desenvolvimento e análise de futuras decisões judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Franquia L'Entrecôte de Paris. Disponível em <
<https://www.smzto.com.br/lentrecotedeparis/franquia.html>>

ABRASEL – SP. Associação Brasileira de Bares e Restaurantes. Disponível em:<
<https://sp.abrasel.com.br/>>

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. **Direito Autoral – Limitações ao Direito de Autor**. Resolução da ABPI Nº 67. 2005. Disponível em:< <https://abpi.org.br/wp-content/uploads/2019/05/67-Resolu%C3%A7%C3%A3o-ABPI.pdf>>. Rio de Janeiro, RJ, 20 out. 2005.

BARBOSA, Denis Borges. **Do bem incorpóreo à propriedade intelectual**. 2009. Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/teoria.pdf>>. Acesso em: 30 de nov. 2018.

_____. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010.

BASSO, Maristela. **As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (three-step-test)**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 493/ 503, Jan/dez 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro, 2015. Ed. Forense. 6ª Edição.

BRANCO, Sérgio. **O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro**. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2011.

_____. **A Natureza Jurídica dos Direitos Autorais**. Civilistas.com, Rio de Janeiro, a.2, n.2, 2013. Disponível em:< <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Branco-civilistica.com-a.2.n.2.2013.pdf>>. Acesso em: 30 de nov. 2018.

_____. **Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias**. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2007.

BROUSSARD, J. Austin. **An Intellectual Property Food Fight: Why Copyright Law Should Embrace Culinary Innovation**. Vanderbilt J. Of Entertainment and Tech Law. Vol.10:3:69, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out.1988.

_____. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 fev.1998.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 15 mai. 1996.

_____. Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1975.

BUCCAFUSCO, Christopher. **On the Legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes Be Per Se Copyrightable?** 2007. Disponível em:<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=923712>. Acesso em:< 01 de out. 2019.

CARBONI, Guilherme C. **Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, Direito de Livre Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico**. In: Revista da ABPI Nº 85, Nov/dez 2006.

Coco Bambu é condenado por imitar Camarões Restaurante. Disponível em:<<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI271422,21048-Coco+Bambu+e+condenado+por+imitar+Camaroes+Restaurante>>. Acesso em : 06 dez de 2019.

DRAHOS, Peter. **A Philosophy of Intellectual Property**. Aldershot: Dartmouth, 1996.

DUMONT, Patrícia Santos. **Com afeto e sabor: chefs resgatam lembranças e memórias para criar pratos da culinária afetiva**. 2019. Disponível em:<<https://www.hojeemdia.com.br/plural/com-afeto-e-sabor-chefs-resgatam-lembran%C3%A7as-e-mem%C3%B3rias-para-criar-pratos-da-culin%C3%A1ria-afetiva-1.760621>>. Acesso em: 30 nov de 2019.

FREITAS, Guilherme. **Lewis Hyde: entre as ideias e o mercado**. 2011. Disponível em:<<https://blogs.oglobo.globo.com/prosa/post/lewis-hyde-entre-as-ideias-o-mercado-367212.html>>. Acesso em: 30 ser. 2019.

GAMA CERQUEIRA, João da. **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1946. v. I, parte 1.

GRAU-KUNTZ, Karin. **Domínio público e Direito de Autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora**. Revista Eletrônica do IBPI, Nr. 6, 2012. Disponível em: < <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-6> >. Acesso em: 30 de mai 2019.

GUILLÉN, Santiago Robert. **La Protección Jurídica de las obras culinárias por el derecho de autor y la competencia desleal**. Tesis Doctoral en Derecho Privado Bellaterra, 2016.

HESSE, Carla. **The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.-A.D. 2000: An Idea in the balance**, Dedalus, Cambridge, 2002.

IACP. **Code of Ethics, Int'l Ass'n Culinary Prof.** (2011), Disponível em: <<https://www.iacp.com/>>

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (Brasil). Manual de marcas do INPI. Instituído pela Resolução INPI/PR nº 142/2014. Disponível em: <http://manualdemarcas.inpi.gov.br>. Acesso em: 06 jan de 2020.

Justiça condena restaurante por imitar layout da rede Spoleto. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2004-mai-10/restaurante_condenado_imitar_layout_rede_spoletto >. Acesso em: 06 dez de 2019.

KANASHIRO, Maurício Kioshi. **A Proteção do Autor Empregado sob a Perspectiva da Função Social do Direito Autoral**. In: Revista da ABPI, n.131, jul./ago. 2014, p.3-26.

KAUFMAN, Cathy K. **Recipes and Dishes: What Should Be Copyrightable?** 2009.

LAWRENCE, M. G. **Edible Plagiarism: Reconsidering Recipe Copyright in the Digital Age**. 2011. Disponível em: <<http://www.jetlaw.org/journal-archives/volume-14/volume-14-issue-1/edible-plagiarism-reconsidering-recipe-copyright-inthe-digital-age/>>. Acesso em: 01 de out. 2019.

LEORATI, Alexandre. **TJRN condena Coco Bambu por imitar Camarões Restaurante**. Disponível em: < <https://www.jota.info/justica/tj-rn-condena-coco-bambu-por-imitar-camaroes-restaurante-20122017>>. Acesso em: 06 dez de 2019.

LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World**. Random House. New York, 2001.

MAY, Christopher; SELL, Susan K. **Intellectual Property Rights. A critical history**, 2006.

MACHLUP, Fritz; PENROSE, Edith. **The Patent Controversy in the Nineteenth Century**. The Journal of Economic History. New York, Economic History Association, vol. 10, n.1.May, 1950.

MEDRADO, André Rivail. **O Direito Adentra a Cozinha: Estudo sobre a Proteção Autoral de Criações Culinárias**. Dissertação do Mestrado em Direito dos Negócios. São Paulo, 2016.

MENEZES, Gabrielli. **Dono do L'Entrecôte de Paris Processa o Chef Olivier Anquier**. 2017. Disponível em: < <https://vejasp.abril.com.br/comida-bebida/dono-do-lentrecote-de-paris-processa-o-chef-olivier-anquier/>>. Acesso em: 01 de set. 2019.

MESQUITA, Renata. **Ferran Adrià vai reabrir o El Bulli, agora como centro de inovação em gastronomia**. Disponível em: < <https://paladar.estadao.com.br/noticias/comida,chef-ferran-adria-reabre-o-el-bulli-agora-como-centro-de-inovacao-em-gastronomia,70002700944>>. Acesso em: 30 nov. de 2019.

OLIVEIRA, Silva. **Direito autoral: evolução e funcionalidade**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10853&revista_caderno=7>. Acesso em: 20 de ago de 2017.

OSHIMA, F. Y et al. **Todo Mundo Quer ser Chef**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/vida/vida-util/gastronomia-e-estilo/noticia/2014/11/todo-mundo-quer-ser-bchefb.html>> Acesso em: 01 de out. 2019.

PALMER, Tom G. **Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects**. Of Harvard Journal of Law & Public Policy. Volume 13, Number 3, 1990.

PARREIRA, Suzana Isabel Malveiro. **Ferran Adrià, a criatividade como discurso (entre gastronomia, arte e design)**. 2016. Revista Estúdio, Artistas sobre outras Obras. P. 50-57.

PATTERSON, Ray. **Copyright in historical perspective**. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Fair Use e Direitos de Autor (Entre a Regra e a Exceção)**. In: Revista da ABPI n. 94, mai./jun. 2008, p. 4-5.

PINHEIRO, Luciano Andrade; PANZOLINI, Carolina Diniz. **Direito Autoral e gastronomia. Protegendo receitas**. 2018. Disponível em: <
<http://www.migalhas.com.br/PI/99,MI280810,51045-Direito+Autoral+e+gastronomia+protegendo+receitas>>. Acesso em: 01 de out. 2019.

_____. **Direito autoral e o suporte da obra intelectual**. 2016. Disponível em:<
<https://www.migalhas.com.br/PI/99,MI240565,41046-Direito+autoral+e+o+suporte+da+obra+intelectual>>. Acesso em: 30 nov de 2019.

_____. **Direito de autor e o método como modo de expressão vinculado**. 2016. Disponível em:<
<https://www.migalhas.com.br/PI/99,MI242839,11049-Direito+de+autor+e+o+metodo+como+modo+de+expressao+vinculado>>. Acesso em: 30 nov. de 2019.

RAUSTIALA, Kal; SPRIGMN, Christopher. **When Are IP Rights Necessary? Evidence from Innovation in IP's Negative Space**. Disponível em:<
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2838555>. Acesso em: 20 de nov. 2017.

_____. **The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design**. Vol. 92. December 2006, number 8.

REEBS, Caroline M. **Sweet or Sour: Extending Copyright Protection to Food Art**. 2011. Disponível em:
<https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1061&context=jatip>>. Acesso em: 01 de out. 2019.

Restaurante Paris 6 não consegue exclusividade sobre receita de sobremesa. Disponível em:< <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI251551,21048-Restaurante+Paris+6+nao+consegue+exclusividade+sobre+receita+de>>. Acesso em: 01 ser. 2019.

ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Propriedade Intelectual e suas implicações constitucionais – Análise do perfil constitucional da propriedade intelectual e suas inter-relações com valores constitucionais e direitos fundamentais.** Ceará, 2008. 288f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará.

RODRIGUES, Jocê. **Da cozinha ao tribunal: gastronomia é rota mal explorada em Direitos Autorais?** 2018. Disponível em :< https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/da-cozinha-ao-tribunal-gastronomia-e-rota-mal-explorada-em-direitos-autorais-05102018>. Acesso em: 01 de out. 2019.

ROSENBLATT, Elizabeth L. **A Theory of IP's Negative Space**, 2011. Disponível em:< https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1662661>. Acesso em: 13 de jul. 2019.

SAAS, Liz Beatriz. **Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da Biodiversidade: a sustentabilidade como limite.** Florianópolis/SC, 2016. 449f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Direito de Autor e Direitos Fundamentais.** Ed. Saraiva, 2011.

SATO, Luiza; Miura, Alexandre. **O Lado Gourmet da Propriedade Intelectual: A proteção das criações gastronômicas.** 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-lado-gourmet-da-propriedade-intelectual>>. Acesso em: 01 de out. 2019.

SEGAL, Sarah. **Keeping it in the kitchen: an analysis under U.S. Intellectual Property Protection Through Trade Secrets in the Restaurant Industry.** 2016. Vol. 37:1523. Disponível em:< <http://cardozolawreview.com/wp-content/uploads/2018/08/SEGAL.37.4.pdf> >. Acesso em: 01 de out. 2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª edição. Ed. Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Newton. **Direito de Autor no Design**. São Paulo, Ed. Saraiva. 2012

SMITH, Cathay Y. N. Street Art: **An Analysis under U.S. Intellectual Property Law and Intellectual Property's Negative Space Theory**, 2013. Disponível em:<
https://scholarship.law.umt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1111&context=faculty_lawreviews>. Acesso em: 13 de jul.2019.

_____. **Food Art: Protecting “Food Presentation” under U.S. Intellectual Property Law**. The John Marshall Law School, 2014.

SOUZA, Allan Rocha. **A construção Social dos Direitos Autorais: Primeira Parte**. 2008. Disponível em:<
http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/allan_rocha_de_souza.pdf>. Acesso em: 30 ago de 2018.

_____. **Os Limites dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional**. Disponível em:<
<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/153.pdf>>. Acesso em: 01 de jul. 2018.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O domínio público e a função social do direito autoral**. In: Liinc em Revista, v.7, n.2, set./2011, Rio de Janeiro, p. 664–680.

STRAUS, Naomi. **Trade Dress Protection for Cuisine: Monetizing Creativity in a Low-IP industry**. 2012. UCLA Law Review. p.182-260

TONON, Rafael. **Comida é arte?** 2019. Disponível em:<
<https://vidasimples.co/conviver/comida-e-arte-culinaria>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Tribunal de Justiça do Espírito Santo. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0015382-46-2011.8.08.0035. Relator Des. Jorge Henrique Valle dos Santos. Apelante: Swell Sucos e Saladas. Apelado: Aloha Alimentos Ltda ME. Data do Julgamento: 18/07/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível nº. 1114716-29.2014.8.26.0100. Relator Des. Francisco Loureiro. Apelante: A1 Comércio de Alimentos e Bebidas Ltda. Apelada: Gelateria e Forneria ME LTDA. Data do Julgamento: 21/09/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 5ª Câmara da Seção de Direito Privado. Apelação Cível nº 497.819.4/3-00. Apelante: Restaurante Antiquarius e outro. Apelado: Carlos Alberto Betencourt Machado Carrilho e outro. Data do Julgamento: 11/11/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 5ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba- PR. Apelação Cível nº 703.043-1. Relator Juiz Substituto 2º G. Benjamim Acacio de Moura e Costa. Apelante: Angelys de Abreu Abilhoa. Apelada: Restaurante Solimões Ltda e outros. Data do Julgamento: 04/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Origem: 1ª Vara Cível Não Especializada da Comarca de Natal/RN. Apelação Cível nº 2017.003523-2. Apelante: Camarões Restaurante Ltda. Apelado: Coco Bambu Frutos do Mar Comércio de Alimentos Ltda.EPP (antigo Camarões Mucuripe Comércio de Alimentos Ltda.EPP). Relator: Desembargador Claudio Santos. Data do Julgamento: 31/10/2017

_____. United States Court of Appeals for the Seventh Circuit. Publications International, Limited x Meredith Corporation. Disponível em:< <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1996Publications.pdf> >. Acesso em: 30 de mar de 2019.

VAIDHYANATHAN, Siva. **Intellectual Property: A Very Short Introduction**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017.

VALENTE, L. G.. **Não há regras claras sobre proteção de receitas gastronômicas no Brasil**. Revista Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-07/luiz-valente-possivel-protoger-receitas-gastronomicas-brasil>. Acesso em: 01 de out. 2019.

VASSALLO, Luiz. **Coco Bambu condenado por copiar cardápio e fórmula do restaurante Camarões em Natal**. Disponível em:<

<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/coco-bambu-condenado-por-copiar-cardapio-e-formula-de-restaurant-em-natal/>>. Acesso em: 30 nov. de 2019.

WACHOWICZ, Marcos; SILVA, Rodrigo Otávio Cruz. **Direito autoral e economia criativa: a construção de uma economia preocupada com a criatividade**. In: Liinc em Revista, v.7, n.2, out/2011. Rio de Janeiro, p. 556-572.