

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

MARTINA GAUDIE LEY RECENA

**A PROTEÇÃO AUTORAL DOS JOGOS ELETRÔNICOS NO BRASIL: ANÁLISE DOS  
ELEMENTOS VISUAIS NO CASO ZYNGA V. VOSTU**

Porto Alegre

2020

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS  
ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO

MARTINA GAUDIE LEY RECENA

**A PROTEÇÃO AUTORAL DOS JOGOS ELETRÔNICOS NO BRASIL:  
ANÁLISE DOS ELEMENTOS VISUAIS NO CASO ZYNGA V. VOSTU**

Porto Alegre

2019

MARTINA GAUDIE LEY RECENA

**A PROTEÇÃO AUTORAL DOS JOGOS ELETRÔNICOS NO BRASIL:  
ANÁLISE DOS ELEMENTOS VISUAIS NO CASO ZYNGA V. VOSTU**

Dissertação jurídica apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado e Linha de Pesquisa em Direito, Ciência, Tecnologia e Inovação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Orientador: Dr. Ricardo Lupion Garcia  
Coorientador: Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo

Porto Alegre

2019

MARTINA GAUDIE LEY RECENA

**A PROTEÇÃO AUTORAL DOS JOGOS ELETRÔNICOS NO BRASIL:  
ANÁLISE DOS ELEMENTOS VISUAIS NO CASO ZYNKA V. VOSTU**

Dissertação jurídica apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito, na Área de Concentração em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado e Linha de Pesquisa em Direito, Ciência, Tecnologia e Inovação, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, defendida e aprovada em Porto Alegre/RS, 09 de janeiro de 2020.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Presidente: Prof. Dr. Ricardo Lupion Garcia – PPGD/PUCRS

---

Coorientador: Prof. Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo – PPGD/UNISC

---

Membro Interno: Prof. Dr. – IES

---

Membro Externo: Prof. Dr. – IES

---

Membro Externo: Prof. Dr. – IES

*Ao meus pais, por terem feito de mim quem sou.*

*Ao meu-mor, por me incentivar a ser mais.*

*Ao meu irmão, pela amizade.*

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Ricardo Lupion, por toda a sua dedicação à orientação da minha dissertação e por possibilitar o aproveitamento total do curso, com a submersão em congressos, grupos de estudos e os mais variados eventos acadêmicos. Agradeço a disponibilidade para debates e o gentil empréstimo de sua sala para estudos.

Ao meu coorientador, Prof. Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo, pelas valiosas contribuições à dissertação e disponibilidade para debates.

Ao meu pai, Fernando, por sempre ter me incentivado e me ensinado o valor da leitura e do conhecimento. À minha mãe, Geíza, por sempre fazer tudo o que está ao seu alcance por mim. E, ao Douglas, pela compreensão, por todo companheirismo e pelas longas conversas sobre Direito de Autor.

Agradeço, a todos os integrantes da turma de mestrado com ingresso em 2018, pelas discussões e descontrações. Ao Guilherme Azevedo, pelas consultorias em programação. E, ao pessoal da secretaria, sempre solícito. Ainda, ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), pela concessão de bolsa de estudos, permitindo a minha dedicação integral e exclusiva à pesquisa.

Por fim, aos que peço em não mencionar, registro o meu agradecimento.

*Mas a criatividade não tem relevo apenas em termos individuais: é patrimônio da nação inteira: a riqueza de uma Nação mede-se não pela sua extensão territorial, pelos seus recursos hídricos ou minerários, e sim pela criatividade de seus filhos, que podem fazer uma terra de abrolhos uma potência.*

CHAVES, Antônio, 1995.

## RESUMO

Trata-se de trabalho que visa a apresentar os conceitos dos requisitos de direito de autor – originalidade e expressão –, bem como as limitações legais. Essa abordagem abrange o sistema brasileiro e o estadunidense, em razão da vasta experiência deste na abordagem da temática direito de autor de videogames, para ao final fazer-se um estudo de caso envolvendo suposta violação de direitos autorais sobre elementos visuais do jogo, envolvendo uma empresa estadunidense e uma brasileira. Em razão dessa análise definiu-se originalidade como a criação, que é sempre nova e dotada de um mínimo de criatividade, sendo que na criatividade sempre se terá a individualidade do autor. Quanto a expressão se estabeleceu que o direito de autor não protege o conteúdo das obras técnicas e científicas, somente a forma adotada, que elementos necessários para concretização de ideias não são protegíveis, que há a impossibilidade de proteção do formato de um programa e que há possibilidade de proteção de personagens. Ao serem analisadas as limitações aos direitos autorais, foram identificadas como as mais relevantes a prevista no artigo 46, VIII da Lei 9.610/98 e as no artigo 6º, III, da Lei 9.609/98. No que se refere aos Estados Unidos, a definição atual de originalidade é a não cópia dotada de um mínimo de criatividade, refutando-se a *sweat of the brow doctrine*. Foi apresentado o AFC Test, com base no qual a Corte distrital de Nova Jersey entendeu pela possibilidade de proteção das expressões relacionadas às regras do jogo e seus aspectos funcionais, desde que dotadas de originalidade. O *fair use*, a *merger doctrine* e a *scènes à faire doctrine* foram explicados. Com base na análise do caso proposto foi concluído que quanto mais próximo da realidade o jogo objetiva ser, menor a probabilidade de proteção autoral, pois existe um número muito limitado de maneiras de expressar a realidade de forma fidedigna. Foi possível constatar a grande aplicabilidade da *merger doctrine* e do artigo 6º, inc. VIII, da Lei 9.609/98 no caso. Ao final, foi concluído que a mera junção de elementos em domínio público não torna o bem protegível por direito de autor, sendo necessário o acréscimo de elemento novo e que se exprima um mínimo de criatividade ou, na ausência desse acréscimo, que a composição dos elementos em domínio público seja nova e original.

**Palavras-chave:** Direito de Autor. Video Game. Requisitos.



## ABSTRACT

This paper aims to present the concepts of copyright requirements - originality and expression - as well as legal limitations. This approach encompasses the Brazilian and US systems, because of its vast experience in addressing the copyright of video games, and lastly to study a case involving alleged copyright infringement over visual elements of the game, involving a US company and a Brazilian company. Because of this analysis, originality was defined as creation, which is always new and endowed with a minimum of creativity, and creativity will always have the author's individuality. Regarding the expression, it has been established that copyright does not protect the content of technical and scientific works, only the form adopted, that elements necessary for the expression of an ideas are not protected, that it is impossible to protect the format of a program and that there is possible to protect character. In analyzing the limitations on copyright, the most relevant were identified as the article 46, VIII of Law 9.610/98 and those in Article 6, III of Law 9.609/98. Concerning the United States, the current definition of originality is non-copying with a minimum of creativity, refuting the sweat of the brow doctrine. The AFC Test was presented, based on which the New Jersey District Court understood the possibility of protecting expressions related to the rules of the game and their functional aspects, provided that they are original. Fair use, merger doctrine and scènes à faire doctrine were explained. When analyzing the proposed case, it was realized that the closer to reality the objective game is, the lower the likelihood of copyright protection, since there is a very limited number of ways to express reality reliably. It was found that the merger doctrine and article 6, inc. VIII, of Law 9.609/98 has great applicability in the case. Concluding that the mere merging of elements in the public domain does not make the good copyrightable, it is necessary to add a new element and to express a minimum of creativity or, in the absence of such addition, that the composition of elements in a public domain is new and original.

**Keywords:** Copyright. Video Game. Requirements.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Comparativo entre telas de montagem da cidade de jogos diferentes .....	110
Figura 2 – Comparação entre telas de visão panorâmica .....	148
Figura 3 – Jessica Rabbit, personagem de <i>Uma Cilada para Roger Rabbit</i> .....	159
Quadro 1 – Capturas de tela durante gameplays sem e com aparição de jogadores .....	94
Quadro 2 – Comparativo entre ícones de apresentação de jogo e descritivos dos jogos. ....	105
Quadro 3 – Comparativo de telas para montagem da cidade .....	108
Quadro 4 – Comparativo de telas com imagem panorâmica da cidade.....	110
Quadro 5 – Comparativo de barras de <i>status</i> .....	111
Quadro 6 – Comparativo de barras de <i>status</i> .....	112
Quadro 7 – Barra de <i>status</i> .....	113
Quadro 8 – Comparativo de barras de menu .....	113
Quadro 9 – Exemplos de casas amarelas padrão .....	114
Quadro 10 – Comparativo entre tutoriais .....	117
Quadro 11 – Comparativo entre tutoriais .....	117
Quadro 12 – Comparativo entre menus funcionais 1 .....	120
Quadro 13 – Comparativo entre menus funcionais 2 e 3 .....	121
Quadro 14 – Comparativo entre menus de casa .....	122
Quadro 15 – Comparativo da disposição dos menus de casas .....	123
Quadro 16 – Comparativo das telas de prêmio por visitaçã.....	124
Quadro 17 – Comparativo de menu de fases.....	128
Quadro 18 – Demonstração casa de cachorro em sobra.....	129
Quadro 19 – Demonstração casa com cerca e árvore.....	130
Quadro 20 – <i>Avatares</i> animais .....	131
Quadro 21 – Tabela de elementos faciais.....	132
Quadro 22 – Tela de construção de personagem.....	135
Quadro 23 – Menu “arranjo de flores” .....	137
Quadro 24 – Menu de alimentação do animal.....	138
Quadro 25 – Tela de criação de personagem.....	139
Quadro 26 – Tela de compra de mobiliário.....	140
Quadro 27 – Tela de bônus de vizinhança.....	142

Quadro 28 – Visão panorâmica do restaurante.....	144
Quadro 29 – Comparação de barra inferior da tela de visão panorâmica.....	147
Quadro 30 – <i>Avatar Jen</i> .....	148
Quadro 31 – Elementos que compõem o <i>avatar Jen</i> .....	149
Quadro 32 – <i>Avatar</i> cozinhando .....	152
Quadro 33 – Barras superior e lateral da tela de visão panorâmica do restaurante.....	153
Quadro 34 – Tela informativa sobre café e outras bebidas .....	154
Quadro 35 – Tela informativa sobre contratação de empregado e abertura do café .....	156
Quadro 36 – Comparação entre ícones de apresentação .....	158
Quadro 37 – Quadro comparativo entre diferentes <i>avatars</i> utilizados em ícones de apresentação.....	160
Quadro 38 – Menu inicial.....	161
Quadro 39 – Menu inicial de outros jogos .....	161
Quadro 40 – Tela de partida de jogo .....	165
Quadro 41 – Tela perfil do usuário.....	167

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1 PROTEÇÃO AUTORAL NO BRASIL.....</b>	<b>15</b>
1.1 BREVE NARRATIVA DO HISTÓRICO LEGISLATIVO BRASILEIRO PARA DEFINIÇÃO DOS REQUISITOS AUTORAIS .....	15
1.2 REQUISITOS DO DIREITO AUTORAL: ORIGINALIDADE .....	20
1.3 REQUISITOS DO DIREITO AUTORAL: EXPRESSÃO E FIXAÇÃO.....	35
1.4 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS: ARTIGOS 46 A 48 DA LEI 9.610/98 ....	45
1.5 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	63
<b>2 PROTEÇÃO AUTORAL NOS ESTADOS UNIDOS.....</b>	<b>66</b>
2.1 BREVE NARRATIVA DO HISTÓRICO LEGISLATIVO ESTADUNIDENSE PARA DEFINIÇÃO DOS REQUISITOS AUTORAIS .....	66
2.2 REQUISITOS DO DIREITO AUTORAL: ORIGINALIDADE .....	70
2.3 REQUISITOS DO DIREITO AUTORAL: EXPRESSÃO E FIXAÇÃO.....	79
2.4 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS DE AUTOR: <i>FAIR USE</i> , <i>MERGER DOCTRINE</i> E <i>SCENES À FAIRE</i> .....	90
2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	101
<b>3 JOGOS ELETRÔNICOS NO BRASIL: ESTUDO DE CASO.....</b>	<b>103</b>
3.1 ZYNGA INC. V. VOSTU PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA. ....	103
3.1.1 CityVille (Zynga) v. MegaCity (Vostu).....	104
3.1.2 PetVille (Zynga) v. PetMania (Vostu).....	128
3.1.3 Café World (Zynga) v. Café Mania (Vostu).....	144
3.1.4 Zynga Poker (Zynga) v. Vostu Poker (Vostu).....	158
3.2 CONCLUSÕES PARCIAIS.....	168
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>170</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>173</b>

## INTRODUÇÃO

A partir da década de 1950 houve uma divisão entre os jogos eletrônicos comercializados, passando a haver de um lado jogos de console, na época os *fliperamas*, e, de outro, jogos para computadores. Na década de 1980 foi ajuizado o primeiro processo cujo objeto foi direitos autorais referentes a jogos eletrônicos (*Atari v. Oman*) e o primeiro envolvendo jogos eletrônicos e patentes, na década de 1970<sup>1</sup>.

A partir dessa época litígios judiciais envolvendo direitos autorais e jogos eletrônicos passaram a ocupar espaço no judiciário. Em sua maioria, estabelecendo confrontos entre sociedade empresarias consolidadas no mercado, como *Atari*, e desenvolvedores independentes. Desses processos resultaram acordos cujos termos não são publicizados.

A sociedade virtual, tão comentada na atualidade, está passando por um processo de “gameificação”, ou seja, os jogos não são mais vistos somente como lazer, mas também para outros fins, como o educacional. Nos Estados Unidos, 2º colocado no ranking de desenvolvimento de jogos elaborado pela Newzoo, o faturamento no ano de 2018 com a venda de jogos foi de US\$35 bilhões<sup>2</sup>.

No referido ranking, o Brasil ocupa a 12ª posição, com faturamento de US\$1,27 bilhão. Do ano de 2015 até o ano de 2018 houve um crescimento de 73% de vagas de emprego no setor de games<sup>3</sup>, o que sugere um crescimento significativo do mercado de *games* no Brasil.

A pesquisa jurisprudencial que será apresentada no subcapítulo 1.3 e 1.4. permitiu identificar, paralelamente, que a maioria dos casos encontrados nos tribunais nacionais aborda a problemática da licença de uso de imagem de jogadores de futebol em jogos eletrônicos. Contudo, o jogo possui uma natureza complexa e, em países como os Estados Unidos, o assunto tem culminado em muitas discussões nos Tribunais.

Frente aos processos já transitados em julgado nos tribunais estadunidenses sobre a temática, somados ao caso que foi ajuizado no Tribunal de Justiça de São Paulo e que será analisado no terceiro capítulo desse trabalho, mister se faz analisar aquele ordenamento em

---

<sup>1</sup> NOVAK, Jeannie. *Desenvolvimento de games*. Tradução de Pedro Cesar de Conti. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

<sup>2</sup> ABBADE, João. Indústria dos videogames bate recordes e fatura US\$134 bilhões. *Jovem Nerd*, [s.l.], 24 jan. 2019. Disponível em: <https://jovemnerd.com.br/nerdbunker/industria-dos-videogames-bate-recordes-nos-eua-e-fatura-us-43-bilhoes/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>3</sup> REDAÇÃO. Número de vagas na indústria de games cresce mais de 70% desde 2015 no Brasil. *Computer World*, [s.l.], 8 maio 2018. Disponível em: <https://computerworld.com.br/2018/05/08/numero-de-vagas-na-industria-de-games-cresce-mais-de-70-desde-2015-no-brasil/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

paralelo ao brasileiro, na tentativa de estabelecer consubstanciamento para ordenar a solução do problema proposto.

Para um jogo eletrônico ser lançado deve estar concluída a (i) programação; o (ii) conteúdo; o (iii) texto em diferentes idiomas; a (iv) navegação pelo percurso do jogo; a (v) interface do usuário; a (vi) compatibilidade de hardware e de software; a (vii) compatibilidade da interface manual; a (viii) arte e áudio; e o (ix) manual do jogo.

Pela exposição de tais elementos é possível vislumbrar a possibilidade de proteção pela Lei do Software (Lei 9.609/98) à programação, pela Lei de Direitos Autorais (Lei 9610/98) ao conteúdo, arte, áudio e manual do jogo; e pela Lei 9.279/96, no que se refere a patentes, ao hardware. Ainda, eventual inovação implementada por programa de computador também é passível de proteção pela lei 9.279/96, no que se refere às patentes.

Tamanha complexidade exigiu o direcionamento do trabalho, a aspectos relacionados com arte, conteúdo e interface de usuário, considerando a possibilidade de proteção prevista na Lei 9.610/98, com conexão com a Lei 9.609/98. A problemática envolvendo a identificação dos elementos visuais protegíveis, pode aventar como hipótese a identificação casuística a partir da análise dos requisitos autorais.

O objetivo geral do trabalho é, portanto, identificar os elementos visuais protegidos por direitos autorais no caso *Zynga v. Vostu*, por intermédio do estudo dos requisitos de Direito de Autor. A exposição a ser feita admitirá como base a premissa de que o Direito de Autor é um direito fundamental, previsto no artigo 5º, IX, XXVII e XXVIII, manifestado em forma de direito de exclusiva e, por consequência, de caráter excepcional. Frente à possibilidade de estabelecimento de conflitos entre os demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira, como por exemplo o direito de liberdade de expressão e de acesso à cultura, o legislador já estabeleceu na lei 9.610/98 algumas limitações aos Direitos de Autor.

No subcapítulo 1.1. será feita uma breve narrativa histórico-legislativa para demonstrar o surgimento dos requisitos autorais na legislação brasileira. No subcapítulo 1.2. será analisado o entendimento doutrinário sobre originalidade e no subcapítulo 1.3., através de decisões judiciais, a diferença entre ideia e expressão. No subcapítulo 1.4. serão abordadas as limitações aos direitos autorais previstas na Lei 9.610/98 e 9.609/98.

O capítulo 2 abordará os mesmos assuntos do capítulo 1, mas sob a ótica estadunidense. No subcapítulo 2.1. será procedida uma breve narrativa histórico-legislativa para demonstração do surgimento dos requisitos autorais na legislação e jurisprudência estadunidenses. No subcapítulo 2.2. será apresentada uma explicação quanto à definição de

originalidade, gestada em decisões da Suprema Corte. Já o subcapítulo 2.2. abordará a diferença entre ideia e expressão e no subcapítulo 2.4. será trabalhado o *fair use* e as doutrinas limitantes.

Finalmente no capítulo 3 será dissecado o caso *Zynga v. Vostu*, que envolve quatro jogos de cada uma das desenvolvedoras. Nesse capítulo o objetivo será a análise dos elementos visuais dos respectivos jogos, no intuito de verificar a existência de proteção autoral nos ordenamentos brasileiro e estadunidense. Verificada a existência de proteção, será analisada a ocorrência de violação de Direito de Autor, sob a ótica dos ordenamentos brasileiro e estadunidense.

Foi adotado o método de abordagem dedutivo e, por vezes, o dialético; como método de procedimento foram adotados o comparativo e o de estudo de caso; como de interpretação, o exegético. Para o atingimento dos objetivos, foi desenvolvida uma pesquisa teórica de caráter exploratório e descritivo e quanto ao objeto a pesquisa realizada foi bibliográfica, documental e de estudo de caso.

Considerando o caso que será estudado no último capítulo, percebe-se que a problemática posta, já enfrentada por tribunais estadunidenses, está se apresentando aos tribunais brasileiros, sem que haja um precedente ou estudos específicos. Haja vista que a academia deve ser utilizada não só como um local para discussão de ideias para solução de problemas já postos, como também palco de discussão de problemas que inevitavelmente surgirão.

O presente trabalho é proposto como uma contribuição para reflexão sobre a proteção autoral de elementos visuais de jogos eletrônicos.

## 1 PROTEÇÃO AUTORAL NO BRASIL

### 1.1 BREVE NARRATIVA DO HISTÓRICO LEGISLATIVO BRASILEIRO PARA DEFINIÇÃO DOS REQUISITOS<sup>4</sup> AUTORAIS

Primeiramente será apresentado, de forma resumida, o histórico das legislações brasileiras referentes a direitos autorais, no intuito de demonstrar o surgimento dos requisitos que serão estudados nos subcapítulos seguintes e que devem ser analisados no momento do reconhecimento da proteção autoral de determinado bem. Para tanto, utilizou-se o critério temporal de seleção de leis, com início em 1827, com a edição da primeira lei relacionada à temática, e encerramento em 1998, com a lei de Direitos Autorais atualmente em vigor.

Ao longo da apresentação da evolução das leis, se estabelecerá uma análise paralela com a Convenção de Berna. Não se abordará a Convenção Universal de Direitos de Autor, por ser instrumento menos rígido que a Convenção de Berna e por ter sido uma tentativa estadunidense de se inserir no centro do movimento protecionista do direito de autor<sup>5</sup>.

Além dessas duas citadas há, ainda, as Convenções: (i) de Roma para proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão; (ii) para proteção dos produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada de seus fonogramas; e (iii) a que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Essas convenções não serão abordadas por não terem apresentado modificações nos requisitos de Direitos de Autor.

É ponto pacífico na doutrina autoralista brasileira que a primeira proteção semelhante à conferida pelos Direitos de Autor data de 1827 e corresponde às leis que criaram as Faculdades de Direito de Olinda e São Paulo<sup>6</sup>. Nas referidas leis constava a previsão de “privilégio exclusivo”, pelo período de 10 (dez) anos, sobre os arranjos e compêndios feitos pelos professores dentro de suas respectivas áreas de atuação<sup>7</sup>. Em contrapartida um esboço de proteção às patentes constava no alvará do Príncipe Regente (1809) e na Constituição do

---

<sup>4</sup> Nesse trabalho não se utilizará a separação feita por Antônio Junqueira de Azevedo baseado em Pontes de Miranda, entre os termos “elemento” e “requisito”, destinando aquele para o plano da existência e este para o plano da validade. Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência validade e eficácia*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>5</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992.

<sup>6</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, t. I, p. 32.

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei de 11 de agosto de 1827*. Cria dois Cursos de ciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.



Império, que conferiam a propriedade dos inventos aos seus inventores, bem como um privilégio temporário<sup>8</sup>.

Em seguida, essa espécie precária de Direitos de Autor foi objeto de previsão legislativa do Código Criminal de 1830, que no artigo 261 previu pena de “perda de todos os exemplares para o autor, tradutor ou seus herdeiros, ou, na falta deles, do seu valor e outro tanto, com multa igual ao dobro do valor dos exemplares [...]” para quem “imprimir, gravar, litografar ou introduzir quaisquer escritos ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, enquanto viverem, e dez anos depois de sua morte se deixarem herdeiros”<sup>9</sup>. O mesmo sentido foi adotado pelo Código Criminal de 1890.

No ano de 1886 ocorre um marco histórico no plano dos Direitos Autorais, pois foi editada a Convenção de Berna, adotada em 04/05/1896, em Paris e em 20/03/1914, em Berna, com revisões em 13/11/1908 em Berlim, 02/06/1928 em Roma, 26/06/1948 em Bruxelas, 14/07/1967 em Estocolmo, e 24/06/1971 em Paris<sup>10</sup>. O Brasil aderiu à Convenção em 1922, através do Decreto 4.541 de 06 de fevereiro de 1922, e internalizou as respectivas revisões pelos Decretos n. 23.270 de 24 de outubro de 1933, n. 34.954 de 18 de janeiro de 1954 e a última versão pelo de n. 75.699 de 06 de maio de 1975, atualmente em vigor.

Originalmente, a Convenção de Berna tinha como principais características o estabelecimento de um tratamento não discriminatório entre autores dos países signatários da Convenção, devendo ser conferido ao autor estrangeiro a mesma proteção conferida ao autor nacional (tratamento nacional) e um patamar comum mínimo de proteção. Essa primeira versão previa que o gozo dos direitos nela previstos estariam “subordinados ao cumprimento de condições e formalidades prescritas pela legislação do país de origem da obra”<sup>11</sup>.

É importante notar que no artigo 10 do texto original já havia a exigência de se tratar de “novo trabalho original” para merecer a proteção autoral.

Estão especialmente incluídas entre as reproduções ilícitas às quais esta Convenção se aplica [...], quando são apenas a reprodução de tal trabalho, da mesma forma ou de outra forma, com alterações, acréscimos ou entricheiramentos, não essenciais, sem apresentar caráter de um novo trabalho original.

<sup>8</sup> NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998, p. 37.

<sup>9</sup> CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: LTr, 1995, p. 46.

<sup>10</sup> NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998. p. 06.

<sup>11</sup> Artigo 2, Convenção de Berna de 1886. Cf. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*. Paris, 9 sept. 1886. Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/>. Acesso em: 25 abr. 2019.

Em 1891 os Direitos de Autor são colocados na Carta Constitucional brasileira, que previa “aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar”. Após a edição desta Carta, todas as demais subsequentes fazem menção expressa aos Direitos de Autor, em diferentes níveis de complexidade. A referida lei prevista na CF/91 sobreveio em 1898.

É reconhecida como primeira lei sobre Direitos Autorais, como hoje admitidos, a Lei n. 496 de 01 de agosto de 1898, que ficou conhecida como “Lei Medeiros de Albuquerque”. A referida lei abrange obras literárias, artísticas e científicas, conferindo ao autor a titularidade para “reproduzir ou autorizar a reprodução de seu trabalho pela publicação, tradução, representação execução ou de qualquer outro modo<sup>12</sup>.”

Em seu artigo 2º a lei definiu o que seriam obras literárias, artísticas e científicas, enumerando exemplos desses gêneros. Ao final do artigo afirma “qualquer reprodução, em suma, do domínio literário, científico ou artístico.” Portanto, a lei não exigia originalidade na obra, mas exigia no seu artigo 13 o registro na Biblioteca Nacional para conferência da titularidade, logo, havia a exigência de sua expressão e fixação em algum meio que permitisse o referido registro, bem como o registro em si.

A lei tinha como outras características relevantes: estabelecimento de (i) 50 anos para autorizar reproduções (art. 3º); (ii) 10 anos para autorizar traduções, representações ou execuções (art. 3º); reconhecimento de (iii) Direitos Autorais como bens móveis (art. 4º); previsão de que a (iv) aplicação industrial de obra não retira seu caráter artístico (art. 18); e (v) proibição da utilização do nome do autor ou de qualquer sinal de identificação deste em obra fraudulenta, sob pena de prisão e multa (art. 24)<sup>13</sup>. Neste último caso, CHAVES<sup>14</sup> afirma a existência do reconhecimento do direito autoral de nomeação – um direito moral.

Apesar de o Brasil só ter aderido à Convenção de Berna em 1922, desde 1912 já estabelecia adequações aos dispositivos da referida Convenção. A Revisão de Berlim, de 1908, afastou a necessidade de qualquer formalidade para conferência da proteção autoral, bem como previu os direitos morais de paternidade e de integridade. Nesse sentido, a Lei brasileira n. 2.577/1912 dispensou autores estrangeiros do requisito de fixação da obra. O Código Civil de

---

<sup>12</sup> Art. 1º, Lei n. 496/1898. Cf. BRASIL. *Lei n. 496, de 1º de agosto de 1898*. Define e garante os direitos autorais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-496-1-agosto-1898-540039-publicacaooriginal-39820-pl.html>. Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei n. 496, de 1º de agosto de 1898*. Define e garante os direitos autorais. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-496-1-agosto-1898-540039-publicacaooriginal-39820-pl.html>. Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>14</sup> CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: LTr, 1995, p. 06.

1916, que regulamentou os Direitos Autorais em seus artigos 649 a 673, adotou a natureza declaratória do registro<sup>15</sup> de obras autorais (art. 673)<sup>16, 17</sup>. Quanto aos direitos morais, o CC/16 introduziu o direito de nomeação<sup>18</sup> da obra (art. 667).

Outras previsões em consonância com a Convenção de Berna foram a inclusão do princípio do tratamento nacional<sup>19</sup> pela Decreto 2.577/1912 e a introdução do requisito “novidade”, nos casos específicos em que o artista, devidamente autorizado, reproduziu obra de arte mediante idêntico processo (art. 656)<sup>20</sup>. Em razão dessa gradual adoção dos padrões estabelecidos na Convenção, quando esta foi ratificada pelo Brasil não houve mudanças significativas no que se refere aos temas aqui propostos para estudo.

Frente a diversas legislações esparsas que referiam em menor ou maior grau os Direitos Autorais, em 1967 teve início a elaboração de um código de Direitos Autorais, que foi aprovado em 1973, sob o n. 5.988<sup>21</sup>. No mesmo ano de 1967 foi revista a Convenção de Berna, sendo definido em seu artigo 2 (2), que ficaria reservado aos países membros a decisão quanto a exigência de fixação ou não da obra para conferência de proteção.

Na lei 5.988/73 não houve menção quanto à fixação, prevendo como obras intelectuais protegíveis as “criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como [...]”. Ao ser exteriorizada uma determinada ideia necessariamente esta é expressada, admitindo uma interpretação no sentido de haver uma noção implícita de criação e expressão como elementos do direito de autor, posteriormente apresentada na lei 9.610/98.

<sup>15</sup> O registro declaratório serve tão somente como prova da existência. Cf. PANZOLINI, Carolina. *Manual de direitos autorais*. Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Administração, 2017.

<sup>16</sup> BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de direito da propriedade intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 493.

<sup>17</sup> Bruno Jorge Hammes demonstra de forma muito clara que essa alteração legislativa – adoção do sistema declaratório – adveio das declarações de inconstitucionalidade e/ou inaplicabilidade do artigo 13, da lei 496/89, pelos julgadores. Para maiores explicações, v. HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

<sup>18</sup> O direito de nomeação é o direito que o autor tem de ter seu nome atrelado a obra. Cf. SOARES, Sávio de Aguiar. Tópicos em direitos morais de autor. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 184, out./dez. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194951>. Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>19</sup> Art. 1º, Decreto n. 2.577/1912. Cf. BRASIL. Decreto n. 2.577, de 17 de janeiro de 1912. Torna extensivas às obras científicas, literárias e artísticas editadas em países estrangeiros que tenham aderido às convenções internacionais sobre o assunto, ou assignado tratados com o Brasil, as disposições da lei n. 496, de 1 de agosto de 1898, salvo as do art. 13, e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2577-17-janeiro-1912-578060-publicacaooriginal-100961-pl.html>. Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>20</sup> “Art. 656. Aquele, que, legalmente autorizado, reproduzir obra de arte mediante processo artístico diferente, ou pelo mesmo processo, havendo na composição novidade, será quanto a cópia, considerado autor.” Cf. BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071/imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071/imprensa.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>21</sup> NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998. p. 122-123.

Em 1987, foi promulgada a primeira lei brasileira a tratar da proteção do *software* como propriedade intelectual, a lei 7.646/87 (reg. Dec.96.036/88), abordando a proteção de programas de computador e sua comercialização. Essa mesma lei previu a proteção do *software* como direito autoral pelo prazo de 25 anos, a necessidade de registro do software e de contratos de transferência de tecnologia no INPI e o cadastramento do software na Secretaria Especial de Informática (SEI)<sup>22</sup>.

Esse regramento foi alterado com a edição da Lei 9.609/98, atualmente em vigor, que dispõem sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador, sua comercialização no país, e dá outras providências. Com a nova lei o registro do *software* perante o INPI foi reconhecido como facultativo e a proteção foi fixada pelo prazo de 50 (cinquenta) anos<sup>23</sup>.

No mesmo ano foi aprovada a lei de Direitos Autorais, atualmente em vigor, que visava a modernizar a regulamentação existente. A lei 9.610/98 foi então editada, mantendo o mesmo sentido trazido na definição prevista da lei 5.988/73, quanto a obras intelectuais protegidas, na medida em que em seu artigo 7º as define como “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como [...]”.

No caso da atual lei, o legislador estabeleceu como requisitos para conferência de proteção por Direito de Autor a criação e a expressão ou fixação. Tendo em vista que para haver fixação deve haver expressão, entende-se que esta engloba aquela, de modo que não existe somente fixação. Contudo, a expressão pode ocorrer sem fixação, de modo que se depreende que os requisitos legais seriam criação de espírito e expressão, no mesmo sentido da lei anterior.

Em contrapartida a Convenção de Berna prevê que as “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 [...]”. Portanto, com base no texto da Convenção de Berna poder-se-ia compreender como único requisito exigido a expressão da obra. Contudo, no

---

<sup>22</sup> WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software & revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 34-35.

<sup>23</sup> “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. [...]”  
§ 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.” Cf. BRASIL. *Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

artigo 2(5)<sup>24</sup>, há a conferência de proteção a compilações “que constituem criações intelectuais” ou seja, tais obras recebem proteção por serem criações intelectuais. Nesse sentido, percebe-se que a legislação brasileira em vigor, vista anteriormente, está em perfeita consonância com a Convenção de Berna, visto que ambas protegem expressões de criações.

Em razão da polêmica que circunda os requisitos autorais, principalmente, a definição de “criação de espírito”, mas também a confusão existente entre a definição de “ideia” e a de “expressão” que acaba envolvendo também a definição de “fixação”, estes serão vistos de forma independente no subcapítulo que se segue.

## 1.2 REQUISITOS DO DIREITO AUTORAL: ORIGINALIDADE

Cada doutrinador tem visão própria quanto aos requisitos para proteção por Direitos de Autor, mas todos defendem a necessidade de uma ideia de originalidade<sup>25</sup> e de expressão. A análise de uma definição de originalidade é de suma relevância para o presente trabalho, na medida em que um jogo eletrônico precisa ser dotado de originalidade – dentre outros requisitos que serão vistos nos próximos subcapítulos – para ser protegido por Direitos de Autor.

Por questão de ordem, optou-se por iniciar a análise dos requisitos do Direito de Autor pela classificação feita por RAMOS<sup>26</sup>.

No intuito de estabelecer requisitos bem definidos para a proteção dos Direitos de Autor, RAMOS<sup>27</sup> dividiu-os quanto ao autor da obra e quanto à obra. Com relação ao autor,

<sup>24</sup> “Art. 2(5): As complicações de obras literárias ou artísticas, tais como enciclopédias e antologias, que, pela escolha ou disposição das matérias, constituem criações intelectuais, são como tais protegidas, sem prejuízo dos direitos dos autores sobre cada uma das obras que fazem parte dessas compilações.” Cf. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*. Paris, 9 sept. 1886. Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/>. Acesso em: 25 abr. 2019.

<sup>25</sup> A originalidade se apresenta através de diversos termos, como “criatividade”, “individualidade”, “esteticidade” etc., mas todos no sentido de “um algo a mais”. Cf. RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; RAMOS, Carolina Tinoco. *O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 431-445.

<sup>26</sup> Carolina Tinoco Ramos desenvolveu o contributo mínimo no Direito de Autor em sua dissertação de mestrado com orientação de Denis Borges Barbosa. Posteriormente, a dissertação passou a integrar o livro *O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual: Atividade Inventiva, Originalidade, Distinguibilidade e Margem Mínima*, constando Carolina Tinoco como coautora, juntamente com Denis Borges Barbosa e Rodrigo Souto Maior.

<sup>27</sup> RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; RAMOS, Carolina Tinoco. *O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 431-445.

elencou dois requisitos: (i) criador pessoa humana; e (ii) imputação pelo resultado final da criação. Referentemente à obra, elencou seis requisitos: (i) criação; (ii) exteriorização da criação; (iii) não estar presente nas proibições legais; (iv) novidade; (v) contributo mínimo; e (vi) caráter estético.

Não será abordada no presente trabalho a análise de requisitos a partir do criador da obra, visto que o primeiro requisito – condição de pessoa humana –, por si só, frente à inteligência artificial avançada, geraria discussão passível de pesquisa específica.

Compreende-se, conforme será demonstrado a seguir, que os requisitos (i) criação, (iv) novidade e (v) contributo mínimo estão abrangidos pela discussão quanto a originalidade<sup>28</sup> da obra e, portanto, serão tratados nesse subcapítulo. O requisito (ii) exteriorização será tratado no subcapítulo seguinte, e (iii) não estar presente nas proibições legais, por ser um requisito objetivo que não apresenta grandes polêmicas para o estudo proposto, não será abordado.

Quanto ao (vi) caráter estético cumpre tecer breve esclarecimento. BITTAR<sup>29</sup> afirma que somente são protegíveis por direitos de autor as obras que “realizam finalidades estéticas”, afirmando que deve haver “valor estético autônomo”, que é encontrado quando “o atributo encerra-se em si mesmo”. Assim, exclui da proteção autoral obras com finalidade funcional ou cunho utilitário.

No mesmo sentido ASCENSÃO<sup>30</sup> reconhece o caráter estético como um requisito, afirmando que para haver o caráter estético, basta que haja criação artística e para que haja esta, basta que a obra pertença a determinada arte.

Em sentido contrário é o entendimento de RAMOS<sup>31</sup>, WACHOWICZ<sup>32</sup> e ODY<sup>33</sup>. RAMOS discorda da exigência de um caráter estético “de qualquer modo e para qualquer tipo obra”<sup>34</sup>. A autora traz uma explicação com base em Ascensão, a partir da qual é possível

<sup>28</sup> A originalidade pode ser definida a partir de duas grandes escolas, a do “sweat of the brow” ou “trabalho diligente”, adotada pelo *copyright*, e a da “creativity doctrine” ou “criatividade”, adotada pelo *droit d’auteur*. Ressalta-se que após o julgamento do caso *Feist*, que será visto no capítulo 2, os EUA têm adotada uma posição em maior consonância com a *creativity doctrine*.

<sup>29</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 47.

<sup>30</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 95

<sup>31</sup> RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; RAMOS, Carolina Tinoco. *O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 443.

<sup>32</sup> WACHOWICZ, Marcos. Direitos autorais e o domínio público da informação. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 235.

<sup>33</sup> ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 69.

<sup>34</sup> RAMOS, *op. cit.*, p. 443.

expressar uma sutil crítica no sentido de que a análise quanto a existência de um caráter estético necessariamente incorreria em uma análise de mérito da obra, de sua valoração estética,<sup>35</sup> o que é vedado.

WACHOWICZ<sup>36</sup> afirma que mesmo sem qualquer caráter estético, a obra científica será protegida pelo direito de autor, “enquanto seja uma expressão da ideia, pelo seu conteúdo de conhecimento científico [...]”. Por fim, ODY<sup>37</sup> afirma que a exigência de caráter estético se encontra ultrapassada, pois a arte não precisa mais ser bonita, como era necessário no século XX.

Acompanhando esta última corrente (RAMOS, WACHOWICZ e ODY) compreende-se que o caráter estético é dispensável para conferência de proteção autoral e, portanto foge ao proposto neste trabalho, razão pela qual não se ingressará em discussão mais profunda sobre o assunto.

Com base nos termos do próprio texto da lei 9.610/98, artigo 7º, é possível admitir que para que haja criação do espírito, deve haver criatividade, contudo é de extrema subjetividade não só a definição de criatividade como a quantidade dessa que se faz necessária para conferência de proteção. Mas, ressalta ASCENSÃO<sup>38</sup>, “tem de haver um mínimo de criatividade ou originalidade” para que haja proteção<sup>39</sup>. ASCENSÃO apresenta como requisitos para definição de obra a criatividade, individualidade e novidade.

O doutrinador explica que quando há descrição ou descoberta, não haverá criação, por ausência de um mínimo de criatividade, afirmando que a sobreposição do objeto ao autor

<sup>35</sup> “O próprio Ascensão, acima, faz a ressalva de que não se fará valoração estética ‘perante uma tela e, branco – ou uma tela em preto – ou uma simples circunferência’. Portanto, se em casos como esses de ‘tela branca’, ‘tela preta’ e ‘simples circunferência’ não haveria necessidade de avaliação estética, o caráter estético não é requisito por não ser aplicável a todos os tipos de criações artísticas. [...] E através do contributo mínimo e não do caráter estético poder-se-á chegar o momento de um dia ainda concluir-se de que – sob o aspecto da funcionalidade e da historicidade do direito de autor – uma ‘tela branca,’ uma ‘tela preta’ ou uma ‘simples circunferência’ é obra artística plenamente protegível, assim como um dia um mictório intitulado ‘Fountain’ também assim foi considerado.” Cf. RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; RAMOS, Carolina Tinoco. *O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 445.

<sup>36</sup> WACHOWICZ, Marcos. Direitos autorais e o domínio público da informação. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 235.

<sup>37</sup> ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 69.

<sup>38</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 88

<sup>39</sup> Conforme se compreenderá após a exposição dos ensinamentos do autor, este utiliza na frase transcrita criatividade como sinônimo de originalidade ao referir “... mínimo de criatividade ou originalidade”. Cf. *Ibidem*, p. 88.

faz cessar a presunção de criatividade<sup>40</sup>. Nesse sentido afirma que se não há criatividade na expressão, por mínima que seja, não há uma obra<sup>41</sup>.

Nesse sentido, ASCENSÃO explica que criação é “Um novo elemento, que não constava do quadro de referências objetivas da comunidade, não se apresentava como óbvio nem se reduz a uma aplicação unívoca de critérios pré-estabelecidos, foi introduzido por um ato criativo<sup>42</sup>”.

O doutrinador divide novidade em objetiva e subjetiva. Nota-se que a definição de criação dada por ASCENSÃO aborda a noção de novidade objetiva, pois um elemento novo que não constava no quadro de referências pré-existente<sup>43</sup> é um elemento que não encontra nenhuma identidade<sup>44</sup>. A novidade subjetiva ou originalidade é apresentada pelo doutrinador como “[a] criação, sempre pessoal, [que] implica que o contributo do espírito fique na obra criada”<sup>45</sup>.

Quanto à individualidade, ASCENSÃO define-a como “a marca do seu autor”<sup>46</sup>, sempre implícita na criatividade, ou seja, o exercício da criatividade, dotada de individualidade, origina a criação. A expressão da ideia é compreendida por ASCENSÃO como o contributo do espírito na obra<sup>47</sup>.

Considerando que para haver criação sempre deve haver um mínimo de criatividade; novidade subjetiva (originalidade) pode ser definida como a criação, que sempre terá um mínimo de criatividade, será nova (novidade objetiva) e expressará a personalidade do autor (individualidade).

Contudo, ASCENSÃO explica que o movimento de banalização do Direito de Autor faz com que a busca pela individualidade atinja um patamar mínimo. Dessa forma, entende que não se pode condicionar a proteção à marca da personalidade do autor, visto que esta personificação é mínima na maioria dos casos<sup>48</sup>. Assim, a originalidade é encontrada quando há um novo elemento, que não constava no quadro de referências objetivas da comunidade,

---

<sup>40</sup> Não se desconhece a existência de discussão quanto a definição de criatividade na área da filosofia e da psicologia. Contudo, o presente trabalho se presta a coletar os entendimentos dos autores específicos de Direitos Autorais, para se chegar a uma definição de originalidade.

<sup>41</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 89.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> “Quadro de referências pré-existente” deve ser compreendido como todos os elementos disponíveis na sociedade. Cf. *Ibidem*.

<sup>44</sup> ASCENSÃO utiliza novidade objetiva no sentido da inexistência de nenhuma obra idêntica. “E a obra deverá ter novidade objetiva, no sentido de que não deverá haver já nenhuma obra idêntica [...]”. Cf. *Ibidem*, p. 62.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 90.



tendo sido incluído por um ato criativo, sempre dotado de novidade objetiva e um mínimo de criatividade, que terá um mínimo de individualidade<sup>49, 50</sup>.

No mesmo sentido é BITTAR<sup>51</sup>, que compreende “originalidade na obra” como sinônimo da obra “integrada de componentes individualizadores, de tal sorte a não se confundir com outra preexistente”. O doutrinador dispensa a novidade absoluta, pois entende inevitável o aproveitamento do acervo cultural comum e reconhece a necessidade de “elementos criativos próprios” para a obra ser original.

Percebe-se que BITTAR trabalha uma ideia de originalidade em que a obra é um elemento novo no quadro de referências objetivas da comunidade, uma vez que afirma que a obra não deve ser passível de confusão com outra preexistente e é dotada de uma certa individualidade, ou seja, originalidade é novidade objetiva acrescida de individualidade e de um mínimo de criatividade<sup>52</sup>.

Esse grau mínimo de criatividade ou originalidade referido por ASCENSÃO, equivale ao “contributo mínimo” batizado por DENIS BARBOSA e desenvolvido por RAMOS, conforme se passa a expor.

RAMOS inicia a abordagem do tema afirmando que “originalidade nem sempre é contributo mínimo”<sup>53</sup>. Em seguida define contributo mínimo como “um mínimo grau criativo cuja presença é necessária para que haja proteção”, referindo que diversos outros termos são empregados nesse mesmo sentido, citando como exemplo “novidade”, “individualidade”, “criatividade”, “originalidade”, “criação”, “expressão do espírito do autor”, entre outros. Ou seja, independentemente do nome, é quase uníssona a necessidade do mínimo de criatividade, contudo definir esse mínimo de criatividade é extremamente polêmico.

No intuito de esclarecer que tais termos possuem significado específico e, conseqüentemente, diverso do de contributo mínimo, RAMOS explicou o que entende por “criação”, “novidade” e “individualidade”, ressaltando que se trata de assunto polêmico e, portanto, não pacífico.

---

<sup>49</sup> Segundo o autor “Na exigência de criatividade está implícita a da individualidade, como marca pessoal dum autor.” Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 91.

<sup>50</sup> Originalidade = criação [mínimo de criatividade (individualidade) + novidade objetiva]

<sup>51</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 49.

<sup>52</sup> Originalidade = novidade objetiva + individualidade + mínimo de criatividade.

<sup>53</sup> RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; RAMOS, Carolina Tinoco. *O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 281.

RAMOS não aprofunda a discussão quanto a definição de criação, entendendo que criar é “dar existência a qualquer algo que não existia e passou a existir, seja o que for”<sup>54</sup>. LIPSZYC, ao contrário, afirma que a criação em Direitos de Autor não tem o significado corrente de “tirar algo do nada”<sup>55</sup>, mas não explica o que seria, então, criar. ASCENSÃO, como visto, entende criação em sentido semelhante ao de RAMOS, pois afirma tratar-se de “um elemento que não constava do quadro de referências objetivas da comunidade [...]”, mas especifica que o que foi descoberto ou descrito não é criação por ausência de criatividade.

A novidade estaria presente quando “uma criação não é cópia de nenhuma obra preexistente”<sup>56</sup>, entendendo que só é novo aquilo que foi criado quando não existia um igual. Percebe-se que RAMOS aborda novidade no mesmo sentido que ASCENSÃO aborda novidade objetiva. Como indicado no início, a doutrinadora considera “criação” e “novidade” como requisitos dos Direitos de Autor, ou seja, para haver proteção por direito autoral a obra não pode ser cópia do que já existe, deve ser uma “criação nova”.

E, aqui, aproveita-se para questionar a redundância dessa expressão – “criação nova”. Pois, partindo dos pressupostos apresentados por RAMOS, não há como criar algo que já existia, pois criação é “dar existência a qualquer algo que não existia” e, portanto, não há como criar algo que seja cópia, pois para que isso ocorra, exige-se que a obra copiada preexista, logo a cópia não será nova. Então, se há criação, haverá novidade; se houver cópia, não haverá criação e, sim, reprodução.

Assim, compreende-se que dentro dos próprios argumentos da doutrinadora a expressão “criação nova” torna-se redundante, pois se existe criação, será nova, bastando, portanto, o requisito da “criação”. ASCENSÃO, em sentido contrário ao trazido pela doutrinadora, mas no mesmo sentido da crítica aqui expressada, entende que para que haja criação deve haver novidade, na medida em que afirma que criação é “um novo elemento, que não constava do quadro de referências objetivas da comunidade [...]”, conforme visto acima.

Portanto, enquanto para RAMOS novidade é um requisito autônomo, ao lado de criação, para ASCENSÃO novidade está contida no conceito de criação. Frente aos argumentos apresentados, compreende-se que para que haja criação deve haver novidade, não se podendo

---

<sup>54</sup> RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; RAMOS, Carolina Tinoco. *O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 436.

<sup>55</sup> LIPSZYC, Délia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Argentina: Zavalía, 2001, p. 66.

<sup>56</sup> RAMOS, *op. cit.*, p. 319.

reconhecer a novidade (novidade objetiva) como elemento autônomo, ao lado de criação, mas sim englobada por este.

Cumpra ressaltar que a exigência de criação – como dar existência a algo que não existia – não significa ineditismo absoluto. É dizer, o autor não só pode se valer como efetivamente se valerá de elementos pré-existentes para criar a sua obra, o que não afasta a condição de criação, haja vista que o homem só é capaz de criar algo com base no que já experimentou<sup>57</sup>. Um exemplo disso é o caso do pintor *Francis Bacon*, que se baseou na obra *Retrato de Papa Inocêncio X*, de Diego Velázquez, para pintar a obra *Estudo do Retrato do Papa Inocêncio X de Diego Velázquez*<sup>58</sup>.

Já a individualidade seria “o estilo do autor, o traço do autor, a ‘marca’ do autor em suas obras, sua própria forma de criar<sup>59</sup>“. Ao abordar obras de artes plásticas, ODY explica a diferença entre singularidade e estilo, definindo este como “características específicas, relativamente constantes e definidas, que permitem identificar a obra de arte por origem histórica ou geográfica e, em alguns casos, até mesmo sua autoria [...]”<sup>60</sup>. A doutrinadora define singularidade como características que “decorre[m] da *personalidade* do artista, que tem de estar refletida na criação”<sup>61</sup>. Com base na definição de RAMOS, pode-se afirmar que ODY trata singularidade como sinônimo de individualidade.

RAMOS defende que a individualidade é qualidade do autor e, não da obra, explicando que o que confunde “é o fato da individualidade do criador poder, muitas vezes, ser identificada, por especialistas, nas obras; mas isso não significa que a individualidade passou a ser da obra e sim que na obra está estampado o traço (individualidade) do seu autor”<sup>62</sup>. No mesmo sentido é o entendimento de ODY, que, conforme visto, entende que a singularidade (individualidade) do autor deve estar refletida na criação.

<sup>57</sup> BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018. p. 45.

<sup>58</sup> Para maiores informações, v. GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio público e direito de autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora. *Revista Eletrônica do IBPI*, n. 6, 2012. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-6>. Acesso em: 20 nov. 2019

<sup>59</sup> RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; RAMOS, Carolina Tinoco. *O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 281-499, 2010, p. 320.

<sup>60</sup> ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 75.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>62</sup> RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; RAMOS, Carolina Tinoco. *O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 281-499, 2010, p. 321.

Essa explicação por si só também pode ser aplicada a originalidade, na qualidade de equivalente ao contributo mínimo, na medida em que tanto a individualidade quanto a originalidade são expressões do intelecto humano na obra. Contudo, a grande diferença entre ambas reside na análise do objeto.

RAMOS explica que é preciso voltar-se ao autor da obra para identificar a sua individualidade expressa nessa obra, não podendo ser identificada de forma dissociada<sup>63</sup>. Já no caso da originalidade, na condição de equivalente ao contributo mínimo<sup>64</sup>, não é necessário voltar-se ao autor para identifica-la, basta analisar a obra. Nesse sentido é o entendimento de CARBONI<sup>65</sup>, que entende a originalidade como atributo da obra externa (qualidade da obra)<sup>66</sup>.

Apesar de RAMOS não tratar da originalidade especificamente e referir que o contributo mínimo nem sempre é originalidade, DENIS BARBOSA afirma que a originalidade “tende a se manifestar como a característica de ser oriunda do próprio criador<sup>67</sup>”. Nessa definição, percebe-se a adoção da individualidade como integrante da originalidade, cumulada com a “criação”, em certa consonância ao já apresentado sobre ASCENSÃO. Diferem os autores no que se refere a posição da individualidade, que para ASCENSÃO estaria contida na criatividade, enquanto para DENIS BARBOSA encontra-se ao lado desta.

Somada a essa forma de manifestação da originalidade, DENIS BARBOSA<sup>68</sup> entende que deve haver “um mínimo de densidade do novo”, uma “margem mínima de contribuição social além do simples investimento, dificuldade ou esforço”, que chamou de “contributo mínimo”. Assim, o Direito Autoral não deve ser analisado como retorno a investimentos realizados, ou a esforço intelectual traduzido em meras horas trabalhadas, mas, sim, como uma

---

<sup>63</sup> RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; RAMOS, Carolina Tinoco. *O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 321.

<sup>64</sup> Deve-se ter em mente a afirmação da autora trazida anteriormente no sentido de que nem sempre a originalidade equivale ao contributo mínimo, mas pode equivaler.

<sup>65</sup> CARBONI, Guilherme C. *O direito de autor na multimídia*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2003, p. 55.

<sup>66</sup> O autor divide a obra em externa (*corpus mechanicum*) e interna (*corpus mysticus*). Cf. *Ibidem*.

<sup>67</sup> BARBOSA, Denis Borges. *A noção de originalidade e os títulos de obra, em particular, de software*. 2005. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/originalidade.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019. p. 02.

<sup>68</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Do requisito de originalidade nos desenhos industriais: a perspectiva brasileira*. 2009. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/originalidade.pdf>. Acesso em: 01 maio 2019. p. 03.

obrigação de atendimento a um propósito social<sup>69</sup>, assumindo um papel de obrigação de resultado<sup>70</sup>. Uma obrigação de contribuir socialmente.

A contribuição social referida decorre do raciocínio lógico de que bens culturais e imateriais são de livre acesso e circulação, de modo que, sendo os Direitos Autorais uma prerrogativa negativa de controle ao acesso, deve haver uma justificativa para se proibir ou dificultar o acesso a esses bens. Nesse sentido é a explicação feita por RAMOS<sup>71</sup>:

[...] o uso de um bem imaterial (no caso a *obra*) é naturalmente livre; retirar da sociedade o uso livre desse bem sem que haja algum retorno em benefício da mesma [*sic*] é onerar desnecessariamente toda a sociedade em proveito de interesses meramente particulares.

No caso dos Direitos de Autor, a contribuição social ou o retorno à sociedade que pode ser dada pelo autor é a sua criatividade, que sai de seu íntimo e, portanto desconhecido da sociedade, para aderir à obra, publicizando-a. Ao publicizar a sua criatividade, o autor permite que terceiros criem a partir da expressão da sua criatividade, contribuindo para a sociedade.

Assim, pode-se afirmar que originalidade, para DENIS BARBOSA, é a criação dotada de individualidade e de contributo mínimo – um mínimo grau criativo. No mesmo sentido é o entendimento de PEDRO BARBOSA<sup>72</sup>, que, ao comentar sobre a “crise da originalidade”, coloca como contraponto à atual “erosão do filtro de originalidade”, a arte outrora caracterizada pelo “puro e livre espírito criativo do autor”, que expressava a “sua individualidade” através de produtos “personalíssimos e infungíveis”. Desse modo, ao estruturar o seu pensamento com o referido contraponto, PEDRO BARBOSA, a contrário senso, afirma que a originalidade é dotada de criação e de individualidade.

PEDRO BARBOSA, ainda, trata como equivalentes a consagração do óbvio e a “destruição da originalidade”, assim como o inédito e o “considerável grau de originalidade”, reafirmando, portanto, a ideia de criatividade como elemento caracterizador da originalidade. Vejamos:

---

<sup>69</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, t. I, p. 251.

<sup>70</sup> BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018, p. 43.

<sup>71</sup> RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; RAMOS, Carolina Tinoco. *O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 281-499. p. 309.

<sup>72</sup> BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018. p. 40.

Pode-se frisar, portanto, que a realidade demonstra um antagonismo entre o dever-ser do capitalismo quantitativo (que consagra o clichê, o óbvio e a destruição da originalidade) e a axiologia do Direito Autoral qualitativo (que visa ao diferente, ao inédito, ao insólito, ao considerável grau de originalidade)<sup>73</sup>.

Com base no exposto, pode-se afirmar, inclusive, que PEDRO BARBOSA aborda implicitamente uma noção de “novidade”, ao referir-se “ao inédito”. Mas, conforme exposto acima, a definição de “novidade objetiva” está contida na de criação e, portanto, o trecho transcrito acima, em verdade, reforça a ideia de DENIS BARBOSA, exposta anteriormente (originalidade = criação + mínimo de criatividade + individualidade).

É importante referir que esse antagonismo entre o capitalismo quantitativo e o Direito Autoral qualitativo é justamente o que reafirma a necessidade desse último. Pois, tendo em vista que os bens culturais e imateriais são de livre circulação, a restrição dessa circulação deve ser feita de forma qualitativa, caso contrário a regra tornar-se-ia a de restrição de bens culturais e imateriais.

Na tentativa de obtenção de lucro sobre tudo o que pode ser objetificável<sup>74</sup> – característica do referido capitalismo quantitativo – o mercado visa a consagrar o que é óbvio, para que assim um maior número de bens possa ser monetizado, em uma tentativa de comoditização dos bens intelectuais. Contudo, não se pode perder de vista que o direito de autor visa a proteger o sujeito-criador<sup>75</sup> e não o mercado, de modo que o que deve ou não ser protegido não pode ser ditado por este último.

Seguindo a linha de raciocínio de RAMOS, deve-se ter em mente que a proteção autoral é um monopólio temporário concedido pelo Estado em razão da contribuição social – criatividade publicizada – feita pelo autor. Se não houver criatividade não haverá o que ser premiado e, portanto, ausente a justificativa para concessão de proteção autoral.

Considerando o exposto sobre o entendimento de ASCENSÃO, a individualidade está contida na criatividade de modo que, se não há criatividade a ser premiada, também não haverá individualidade – tendo sempre em vista que não se pode condicionar a proteção autoral à marca da personalidade do autor (individualidade). Dessa forma, os padrões exigidos de criatividade não podem ser reduzidos única e exclusivamente em razão da “vontade do mercado”, que na

---

<sup>73</sup> BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018, p. 41-42.

<sup>74</sup> Virtual ou fisicamente.

<sup>75</sup> ESTEVES, Maurício Brum. *Justificação constitucional do direito de autor: da hermenêutica aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 169.

realidade é a vontade de poucas grandes empresas que controlam os diferentes nichos mercadológicos cujos bens transacionados são protegidos por direitos autorais.

Contudo, o mesmo não ocorre com a individualidade. Por ser elemento que deve ser verificado com enfoque na personalidade do autor, como uma marca deste na obra, identificar a individualidade do autor na obra exige (i) uma análise de obras pretéritas deste, (ii) o estabelecimento de um padrão e, então, (iii) a verificação da repetição desse padrão na obra em análise. Esse exercício complexo não é mais encontrado nas análises de individualidade feitas na atualidade.

Portanto, compreende-se que de um lado tem-se o padrão ideal, onde se conseguiria analisar a criatividade e a individualidade do autor na obra, e de outro o padrão real, onde a individualidade foi deixada de lado, lutando-se para a manutenção de um padrão de criatividade que não se restrinja a mera cópia.

Deve ser esclarecido que a individualidade como marca da personalidade do autor na obra, traçada através de um padrão identificado, foi abandonada. Atualmente utiliza-se o termo “individualidade” como uma suposta personalidade do autor que, na realidade, não se sabe como identificar, mas que não é aquela traçada através de um padrão autoral desenvolvido. Tanto assim o é, que, conforme visto acima, RAMOS aponta que doutrinadores diversos utilizam as mais variadas palavras para designar o mínimo de criatividade, estando dentre elas a “individualidade”.

Assim, atualmente, somente o mínimo de criatividade tem condão de afetar diretamente a definição do que é originalidade. De modo que, a busca do mercado pela consagração – e monetização – do óbvio não deve ser utilizada como justificativa para redução do padrão de criatividade, sob pena de se proteger por direitos autorais a mera não cópia, em um completo contrassenso ao direito de exclusiva que é o direito de autor.

Essa exposição quanto a erosão da originalidade<sup>76</sup> vai ao encontro do que é trabalhado por PONTES<sup>77</sup>. Indica, PONTES, que a doutrina tradicional francesa e alemã<sup>78</sup> tem se

---

<sup>76</sup> Originalidade enquanto criação dotada de individualidade.

<sup>77</sup> PONTES, Leonardo Machado. *Direito de autor: a teoria da dicotomia entre a ideia e a expressão*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

<sup>78</sup> O doutrinador explana sobre a originalidade na França, na Alemanha e na Itália, mas se utilizará tão somente França e Alemanha em razão de serem considerados os países berço do *droit d'auteur*, adotado no Brasil. A apresentação do estudo de PONTES sobre a originalidade na França e na Alemanha se justifica em razão da influência que tais países possuem na construção de uma doutrina da originalidade no Brasil. Contudo, como não se trata de um estudo de direito comparado com tais países, nem de um estudo focado na construção de uma doutrina da originalidade, mas tão somente uma apresentação dos trabalhos já existentes para se concluir pela melhor definição a ser utilizada nesse trabalho, não se justifica um estudo mais aprofundado das construções de tais países.

modificado, no sentido de reduzir o grau de originalidade exigido para conferência da proteção autoral.

Conforme PONTES, a doutrina tradicional francesa entende a originalidade como a “expressão da personalidade do autor<sup>79</sup>“. PONTES refere que a doutrina que vem sendo construída apresenta diversas tentativas de definir originalidade – esforço intelectual, *standard* de identidade criativa, níveis de criatividade (geometria variável), entre outros –, mas cada vez mais, vem sendo aplicado o *standard* não prático/arbitrário imaginativo.

Segundo PONTES o *standard* não prático/arbitrário imaginativo consiste na arbitrariedade do autor para modificação do *status* de um trabalho, “retirando-o daquelas zonas em que não haja qualquer criatividade humana<sup>80</sup>“. No mesmo sentido é a explicação feita por BUYDENS<sup>81</sup> que ao tratar da definição de originalidade afirma que deve ser analisado o espaço de liberdade de criação do autor, as possibilidades de o autor fazer escolhas, determinando a forma e a novidade do trabalho perante o que já existe no mercado.

Assim a doutrina francesa em construção, conforme narra PONTES, vem consagrando uma ideia de existência de um mínimo de criatividade, que parte da arbitrariedade do autor de fazer escolhas subjetivas, abandonado a ideia de individualidade do autor como marca da personalidade deste.

PONTES apresenta nesse mesmo sentido a doutrina alemã, afirmando que essa inicialmente exigia diferentes níveis de originalidade para diferentes obras. PONTES<sup>82</sup>, ainda, afirma que a doutrina que vem se construindo na Alemanha, nomeada de “*kleine Münze*” (pequena mudança), exige um mínimo de criatividade e parte do pressuposto hipotético de que se autores diferentes chegarão sempre a resultados iguais, sem que haja espaço para uma criação individual, então a obra não deve ser protegida por Direito de Autor.

Mas ao final do seu estudo, partindo de uma análise jurisprudencial, PONTES<sup>83</sup> indica que a jurisprudência brasileira vem adotando a teoria francesa tradicional, segundo a qual a originalidade consiste na expressão da personalidade do autor, mas nenhuma análise de padrão pretérito das obras do autor é feita. Assim, PONTES defende que originalidade consiste apenas

---

<sup>79</sup> PONTES, Leonardo Machado. *Direito de autor: a teoria da dicotomia entre a ideia e a expressão*. Belo Horizonte: Arraes, 2012., p. 52.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>81</sup> BUYDENS, Mireille. *Droits d'auteur et internet : problèmes et solutions pour la creation d'une base de données en ligne contenant des images et/ou du texte*. Bruxelles : Services du Premier Ministre, Affaires Scientifiques, Techniques et Culturelles. Disponível em: [http://www.belspo.be/belspo/organisation/publ/pub\\_ostc/d\\_auteur/rapp\\_fr.pdf](http://www.belspo.be/belspo/organisation/publ/pub_ostc/d_auteur/rapp_fr.pdf). Acesso em: 25 ago. 2019. p. 14-15.

<sup>82</sup> PONTES, Leonardo Machado. *Direito de autor: a teoria da dicotomia entre a ideia e a expressão*. Belo Horizonte: Arraes, 2012., p. 58.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 62.



na não cópia de algo já pré-existente, devendo conter uma “pequena e insignificante” quantidade de criatividade.

A análise feita por PONTES da jurisprudência brasileira vai ao encontro dos principais autores sobre o tema, estudados nesse subcapítulo, que entendem que a originalidade consiste em uma criação, dotada de um mínimo de criatividade, que detenha a marca da personalidade do autor. O que varia entre doutrinador e jurisprudência é o tratamento dessa individualidade.

E a partir dessa última afirmação, pode-se partir para outro questionamento. Não seria toda a criação dotada de um mínimo de criatividade?

Partindo do entendimento de ASCENSÃO a resposta para essa pergunta seria positiva, pois para o doutrinador, se não houver um mínimo de criatividade, não haverá criação no sentido técnico exigido pelo Direito de Autor.

DENIS BARBOSA, por outro lado, coloca o mínimo de criatividade ao lado da criação. Ou seja, para esse doutrinador, a criação existe de forma autônoma, mas para ser passível de proteção por direito de autor deve ser dotada de um mínimo de criatividade.

Percebe-se que se trata de um jogo de palavras que ao final pretende trazer a mesma ideia: para ser protegível por direito de autor a criação deve ter um mínimo de criatividade. Se não detiver esse mínimo, para DENIS BARBOSA continuará sendo criação, mas não passível de proteção, enquanto para Ascensão não será criação, em sua acepção técnica.

WACHOWICZ<sup>84</sup> apresenta criatividade como “a movimentação do intelecto humano com objetivo de criar algo novo”. Considerando o conceito de criação adotado por RAMOS – dar existência a qualquer algo que não existia e passou a existir –, somado a definição apresentada pelo referido doutrinador sobre criatividade, chega-se a definição de criatividade como o movimento intelectual que dá origem à criação, ou seja, o movimento intelectual que origina algo qualquer que não existia.

Se a criatividade é o movimento que origina a criação, para WACHOWICZ, então, toda a criação será dotada de criatividade. O que não ficou claro é se o doutrinador se refere à criação no mesmo sentido técnico que ASCENSÃO. Acredita-se que sim em face da forte influência que ASCENSÃO tem sobre os trabalhos de WACHOWICZ.

Assim, compreende-se que não é qualquer criação – no sentido não técnico – que será protegível por direito de autor, mas somente aquela dotada de um mínimo de criatividade.

---

<sup>84</sup> WACHOWICZ, Marcos; BIANCAMANO, Manuela Gomes Magalhães. Direito autoral, criatividade e plágio na economia criativa. *PIDCC – Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição*, Aracaju, a. III, n. 6, p. 196-21, jun. 2014. p. 207.

Seguindo a linha de que o bem intelectual é naturalmente livre e que os Direitos Autorais são uma prerrogativa negativa de controle ao acesso, GRAU-KUNTZ<sup>85</sup>, ao tratar de obras de artes plásticas, apresenta a originalidade como “contribuição reflexivo-transformadora” e ao mesmo tempo em que afasta o requisito da individualidade, aplica o requisito da comunicação. Apesar da doutrina incluir o caráter estético como requisito dos direitos de autor, por estar abordando obras de arte, será apresentada sua linha de argumentação, em razão da contribuição referente ao elemento da individualidade.

GRAU KUNTZ explica que a reflexão é ato pessoal, vinculada a um conteúdo individual, mas que nem toda reflexão tem potencial reformulador ou transformador da cultura, sendo que somente aquela reflexão transformadora possui originalidade. Assim, é original aquilo que transforma os modelos e instituições culturais.

Em suas palavras é “O critério da originalidade reflete um *plus* cultural, manifestado pela reflexão acompanhada de uma variação ou de uma transformação nos modelos e instituições culturais.”

É passível de identificação a similaridade do raciocínio de GRAU KUNTZ com os demais trazidos anteriormente, pois a frase que inicia o parágrafo anterior pode também ser lida da seguinte forma: a criação (reflexão) é ato pessoal, vinculada a individualidade do autor (conteúdo individual), mas que nem toda criação tem uma margem mínima de contribuição social (potencial reformulador), sendo que somente aquela criação dotada de contribuição social (potencial reformulador) possui originalidade.

Ou seja, para a GRAU KUNTZ, originalidade é a criação, que é sempre dotada de individualidade, que contribui socialmente (contributo mínimo).

Acrescenta, GRAU KUNTZ, que criações sem espectro estético nada comunicam e que criações originais comunicam algo. Portanto, será criação intelectual original aquilo que, dotado de um espectro estético, obtiver êxito em comunicar uma reflexão ou uma transformação cultural (originalidade = estética + comunicação + reflexão transformadora da cultura).

GRAU KUNTZ afasta a individualidade como fundamento do direito patrimonial de autor porque considera toda a reflexão (criação) como ato pessoal, vinculada a um conteúdo individual (individualidade), mas não é toda a reflexão (criação) que será transformadora da cultura (contributo mínimo/mínimo de criatividade). Assim, a individualidade é elemento intrínseco a reflexão (criação), mas somente a reflexão transformadora (contributo mínimo) que terá originalidade e, portanto, a individualidade não pode ser requisito autônomo para

---

<sup>85</sup> GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio público e direito de autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora. *Revista Eletrônica do IBPI*, n. 6, 2012. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-6>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 14.

originalidade, porque sempre que uma obra for considerada original será dotada de reflexão, que é sempre individual.

Vale dizer: se a obra for original terá individualidade, mas ter individualidade não é garantia de originalidade. Nesse sentido é também a construção feita por ASCENSÃO, que entende a criação como sendo dotada de individualidade, mas que esta não pode condicionar a proteção autoral.

Assim, o “mínimo de criatividade” não é esclarecido de forma suficiente por nenhum doutrinador nacional – mas é o fator decisório para concessão de proteção – de modo que, talvez, a melhor explicação seja a apresentada por PONTES como sendo a da doutrina francesa, que afirma que o mínimo de criatividade parte da arbitrariedade do autor de fazer escolhas subjetivas. Adotando essa definição, originalidade seria, então, a criação em que o autor pôde fazer escolhas subjetivas, expressando a sua individualidade.

A controvérsia sobre o que é originalidade é tamanha que se encontra afirmações como a de BOBBIO<sup>86</sup>, que entende a originalidade como um conceito negativo: “Apenas poderemos considerar original o que não possa ser confundido com outra criação intelectual, por excesso de semelhança, substancial ou formal”. Entendimento que equipara originalidade a novidade objetiva, o que, como visto, não procede.

Outra definição que foge a doutrina majoritária aqui estudada é a de CARBONI<sup>87</sup>, que entende a originalidade como “composta por componentes individualizadores, de tal sorte a não se confundir com nenhuma outra preexistente; [...] Deve revestir-se de traços ou de caracteres próprios”. Aqui consegue-se identificar os elementos “individualidade” e “novidade objetiva”, nada sendo referido ao mínimo de criatividade.

Conforme visto acima, ASCENSÃO entende originalidade como criação, mas a criação sempre será dotada de um mínimo de criatividade e de novidade objetiva, considera-se, ainda, a individualidade como obrigatoriamente contida no mínimo de criatividade<sup>88</sup>.

Para DENIS BARBOSA, originalidade é a criação, que sempre abrangerá a noção de novidade, acrescida de um mínimo de criatividade e individualidade<sup>89</sup>. E, para GRAU KUNTZ, originalidade seria a criação, sempre dotada de novidade e individualidade, acrescida de um mínimo de criatividade<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> BOBBIO, Pedro Vicente. Direito de autor na criação musical. São Paulo: Lex, 1951, p. 14 *apud* PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil – 1898/1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>87</sup> CARBONI, Guilherme C. *O direito de autor na multimídia*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2003. p. 49.

<sup>88</sup> Originalidade = Criação [mínimo de criatividade (individualidade) + novidade objetiva]

<sup>89</sup> Originalidade = Criação (novidade objetiva) + mínimo de criatividade + individualidade.

<sup>90</sup> Originalidade = Criação (novidade objetiva + individualidade) + mínimo de criatividade.

Percebe-se que a grande diferença entre os doutrinadores está na individualidade. Enquanto DENIS BARBOSA, PEDRO BARBOSA e RAMOS entendem a individualidade como um elemento autônomo, ao lado do mínimo de criatividade, ASCENSÃO a compreende como contida na criatividade e GRAU-KUNTZ como contida na criação.

Em razão dessa diferenciação, para fins desse trabalho, será seguido o entendimento de ASCENSÃO e GRAU-KUNTZ, de que a individualidade não pode ser considerada um elemento autônomo, ao lado da criatividade, filiando-se mais especificamente à definição de ASCENSÃO, que entende individualidade como contida, sempre, na criatividade.

### 1.3 REQUISITOS DO DIREITO AUTORAL: EXPRESSÃO E FIXAÇÃO

Diferentemente do requisito da originalidade, que é uma construção doutrinária, os requisitos de expressão e fixação constam claramente na lei, como opções alternativas (art. 7º, Lei 9.610/98<sup>91</sup>). Em contrapartida, a lei expressamente exclui do âmbito de proteção autoral as ideias, na medida em que arrola dentre as criações que não são objeto de Direitos Autorais a ideia (art. 8º, I<sup>92</sup>) e, em seguida, o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras protegidas (art. 8º, VII<sup>93</sup>)

Tratando jogos eletrônicos como obra audiovisual, deve ficar clara a diferença entre o que é ideia e o que é sua expressão, para evitar que a ideia de um jogo de labirinto, por exemplo, seja protegida e conseqüentemente impossibilite o ingresso no mercado de outros jogos de labirinto, que são um gênero. A proteção, nesses casos, recai sobre suas particularidades, ou seja, sobre as expressões criativas do seu autor. É imperativo reconhecer quando um elemento do jogo é uma forma necessária para a expressão da ideia, no intuito de evitar uma exclusão abusiva de determinados elementos. Nesse sentido, se faz relevante a diferenciação entre ideia e expressão.

A explicação quanto à fixação se faz necessária por ser um requisito no ordenamento estadunidense, o que não ocorre no Brasil. Como será visto, há discussão quanto

<sup>91</sup> “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: [...]”. Cf. BRASIL. *Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>92</sup> “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; [...]” Cf. *Ibidem*.

<sup>93</sup> “Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: [...] VII - o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras. [...]”. Cf. *Ibidem*.

a essa exigência, mas é possível afirmar que a interpretação literal da lei não exige a fixação das obras.

O entendimento de alguns doutrinadores é que a fixação trata-se de pré-requisito necessário para concessão dos Direitos de Autor, e não alternativo como indicado no parágrafo anterior. Nesse sentido o entendimento de ABRÃO<sup>94</sup> trata fixação e expressão como sinônimos, na medida em que afirma “[...] o pré-requisito fático necessário ao reconhecimento de uma obra protegida é o de que esteja fixado em suporte, ou seja, expressado concretamente por qualquer meio, de modo a ser captado pelos sentidos [...]”. Com base nessa explicação, pode ser afirmado que “cantar” ou “interpretar” não confeririam proteção autoral à obra; tese com a qual não se pode concordar.

A lei prevê a fixação em suporte tangível ou intangível. Segundo DENIS BARBOSA<sup>95</sup>, bens corpóreos ou tangíveis são aqueles afetos aos sentidos, que podem ser vistos ou sentidos, enquanto os bens incorpóreos ou intangíveis são “criaturas da mente e existem somente em contemplação”. O bem incorpóreo subsiste ao corpóreo, embora podendo habitá-lo. Um exemplo apropriado é a música, bem incorpóreo, expressado através do canto, igualmente incorpóreo. Essa mesma música pode ser expressada por intermédio de uma partitura, nesse caso constituindo bem corpóreo. Ressalta-se que a materialização do bem, partitura de música, não exclui o bem incorpóreo existente, a própria música, assim como não se confunde com ele.

Dessa forma, a fixação da criação intelectual não é requisito imprescindível pela lei, tanto que é apresentado como alternativa à expressão, ou seja, obra expressa sem fixação, como a música através do canto, é criação passível de proteção autoral. SILVA<sup>96</sup> afirma que a expressão está relacionada com a comunicação ao público, enquanto a fixação em suporte está relacionada à materialidade da criação, que não comporta todas as formas de expressão. Contudo, há determinadas obras que, em razão da sua natureza, precisam da fixação para serem expressadas<sup>97</sup>, é o caso das obras audiovisuais.

Um outro exemplo quanto à necessidade de fixação é o *software*. A Lei do *Software* (Lei 9.609/98) prevê que o programa de computador é “a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer

---

<sup>94</sup> ABRÃO, Eliane Y. Titularidade e liberdade no uso de ideias e formatos na propriedade intelectual. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Org.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, ca p. 5, p. 81-89. p. 81.

<sup>95</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado de propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, t. I. p. 48.

<sup>96</sup> CRUZ E SILVA, Rodrigo Otávio. *Os direitos autorais como fator de desenvolvimento da economia criativa*. Santa Catarina: UFSC, 2013. p. 37.

<sup>97</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 63.

natureza<sup>98</sup>, o que levou DENIS BARBOSA a afirmar que a fixação da obra é um requisito para proteção autoral. Mas o próprio autor questiona essa conclusão na medida em que esta vedaria a proteção à “programas gerados em memória e ainda não salvos em meio físico permanente<sup>99</sup>”.

Em razão do contexto tecnológico em que foi editada a Lei do *Software*, datada de 1998, é possível compreender porque a referência é feita somente a meios físicos – Disquetes e CDs. Contudo, atualmente a fixação também pode ser feita de modo virtual, razão pela qual deve ser compreendido o referido trecho da lei como “contida em suporte físico ou virtual de qualquer natureza”. Dessa forma, a discussão trazida pelo doutrinador não toma grandes proporções, pois atualmente o *software* será fixado, pelo menos em forma virtual.

Apesar do registro de obras autorais não ser constitutivo de propriedade no Brasil, conforme anteriormente, o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) recomenda o registro do código fonte ou código objeto perante a sua Divisão de Programas de Computador e Topografias de Circuitos Integrados (DIPTO), que foi incorporada pela Diretoria de Patentes (DIRPA)<sup>100</sup>. Além do registro de tais códigos, é possível registrar, perante a mesma divisão, as telas geradas em razão desse código<sup>101</sup>.

Os resultados gráficos gerados em razão de tais códigos são protegidos como obras artísticas, enquanto seus resultados textuais, como obras literárias. O exemplo mais nítido desse tratamento é o jogo eletrônico.

Todas as fases de elaboração de uma obra audiovisual<sup>102</sup> estão incluídas no processo de elaboração dos jogos eletrônicos<sup>103</sup>, tendo o Ministério da Cultura (MinC), por intermédio da Portaria n. 116 de 29/11/2011, reconhecido jogos eletrônicos como obras audiovisuais, com inclusão na Lei Rouanet. Ou seja, o programa de computador do tipo jogo eletrônico recebe

<sup>98</sup> Art. 1º, Lei n. 9.609/98. Cf. BRASIL. *Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>99</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, t. III, p. 1893.

<sup>100</sup> BRASIL, Ministério da Economia. Instituto Nacional de Propriedade Intelectual. *Programa de computador – mais informações*. Brasília, 12 fev. 2019. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/programa-de-computador/guia-completo-de-programa-de-computador>. Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>101</sup> INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Manual do usuário para registro eletrônico de programas de computador*. Diretoria de Patentes, Programas de Computador e Topografias de Circuitos Integrados. Coordenação-Geral de Estudos, Projetos e Disseminação da Informação Tecnológica. Divisão de Programas de Computador e Circuitos Integrados. Rio de Janeiro: INPI, 2019.

<sup>102</sup> Em obras audiovisuais tem-se o seguinte esqueleto de fases de produção: (i) projeto; (ii) captação de recursos; (iii) pré-produção; (iv) produção; (v) sincronização; (vi) matriz digital; (vii) distribuição. Durante a produção ocorre a (i) gravação; (ii) edição; (iii) marcação de luz; (iv) imagem digital; (v) captação de som; (vi) edição de som; (vii) mixagem; (viii) som digital, para então ocorrer a sincronização de todos os elementos.

<sup>103</sup> Segundo Jeannie Novak os jogos eletrônicos possuem cinco fases de elaboração: (i) Conceito; (ii) Pré-Produção; (iii) Protótipo; (iv) Produção, que se subdivide em alfa, beta e ouro; e (v) Pós-produção. Cf. NOVAK, Jeannie. *Desenvolvimento de games*. Tradução de Pedro Cesar de Conti. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 340-352.

proteção de seus elementos gráficos como se fosse obra audiovisual, seus elementos textuais como obra literária e os seus códigos de programação como *software*. Esses três aspectos são levantados, mesmo que a questão da programação de forma muito breve, no caso *Zynga v. Vostu* que será tratado no último capítulo.

Cumprido esclarecer que todos os institutos apontados como os que recaem sobre jogos eletrônicos são direitos de autor, mas há a possibilidade de, preenchidos os requisitos, haver a proteção por intermédio de invenção implementada por programa de computador, marca, direitos concorrenciais entre outros. Nesses casos, pode haver a cumulação de proteções intelectuais sobre o mesmo bem material ou corpóreo<sup>104</sup>.

A polêmica fica estabelecida entre a possibilidade de proteção do mesmo bem incorpóreo por mais de um instituto da propriedade intelectual, de forma concomitante ou subsequente<sup>105</sup>. MEDEIROS<sup>106</sup> explica que a cumulação subsequente ocorre quando, expirado um direito de propriedade intelectual, o titular alega outro direito de propriedade intelectual para prolongar a proteção existente sobre a criação. A cumulação concomitante ocorre quando um bem material é protegido por mais de um instituto da propriedade intelectual.

BARBOSA<sup>107</sup> entende ser inconstitucional a cumulação de proteções de direitos de propriedade intelectual sob o mesmo bem incorpóreo. Segundo o doutrinador, uma criação pode deter aspectos utilitários (desenho industrial) e estéticos (direito autoral), mas o que atrairá a proteção adequada será o que preponderar<sup>108</sup>. Assim, cada criação possui um desenho constitucional adequado, cujo descumprimento viola o princípio da legalidade estrita<sup>109</sup>.

Para o presente trabalho é suficiente admitir a cumulação de institutos de propriedade intelectual sobre o mesmo bem incorpóreo, de forma concomitante. Um exemplo

---

<sup>104</sup> PORTO, Patrícia. *Cumulação de direitos de propriedade intelectual*. Disponível em: <http://docplayer.com.br/9773277-Cumulacao-de-direitos-de-propriedade-intelectual.html>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 06.

<sup>105</sup> MEDEIROS, Heloísa Gomes. *A sobreposição de direitos de propriedade intelectual no software: coexistência entre direito de autor e patente na sociedade informacional*. Florianópolis, 2017. 440 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 309.

<sup>106</sup> MEDEIROS, Heloísa Gomes. *A sobreposição de direitos de propriedade intelectual no software: coexistência entre direito de autor e patente na sociedade informacional*. Florianópolis, 2017. 440 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 316.

<sup>107</sup> BARBOSA, Pedro Marques Nunes. A vedação da sobreposição de direitos da propriedade intelectual na ordenação brasileira. *Revista da ABPI*, n. 162, 2019. p. 69.

<sup>108</sup> BARBOSA, Pedro Marques Nunes. A vedação da sobreposição de direitos da propriedade intelectual na ordenação brasileira. *Revista da ABPI*, n. 162, 2019. p. 67.

<sup>109</sup> BARBOSA, Pedro Marques Nunes. A vedação da sobreposição de direitos da propriedade intelectual na ordenação brasileira. *Revista da ABPI*, n. 162, 2019. p. 68.

dessa situação é justamente o jogo eletrônico, em que há a proteção do *software* pela Lei 9.609/98 e de seu resultado visual, como audiovisual pela Lei 9.610/98.

Haja vista a delimitação da análise proposta, com enfoque em Direito de Autor, não serão abordados os demais institutos passíveis de aplicação cumulativa à obra vídeo game.

A discussão que envolve a diferenciação entre ideia e expressão advém do artigo 8º, I e VII<sup>110</sup>, da Lei 9.610/98, portanto, ao se tratar do requisito da expressão serão abordadas, concomitantemente, tais limitações. É cediço que o Direito Autoral não protege ideias, mas, sim, as expressões particulares dessas ideias<sup>111</sup>. Contudo, diante da dificuldade de aplicação dessa diferenciação, maior produtividade é obtida por intermédio de julgados. Para a consecução desse objetivo serão analisados casos julgados pelos Tribunais Estaduais de São Paulo, Rio de Janeiro e Mato Grosso do Sul<sup>112</sup>, Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro caso é a Apelação de n. 1013157-14.2017.8.26.0071, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, com relatoria do Desembargador Sergio Augusto de Freitas Jorge<sup>113</sup>. No caso, o requerente, aluno do curso técnico em manutenção automotiva juntamente com um colega, elaborou um projeto de análise de combustível e o apresentou no evento denominado “Embala Startup”. Posteriormente, um de seus professores e sua equipe, teria concretizado o mesmo projeto idealizado pelo requerente e seu amigo. O requerente postulou, entre outros, a declaração de violação da propriedade intelectual, e a condenação do requerido ao reconhecimento público de que o projeto apresentado à imprensa é de propriedade intelectual do requerente e de seu colega de curso.

O pedido da ação foi julgado improcedente no primeiro grau, tendo sido interposto recurso de apelação pela parte autora da ação, que foi improvido. Não houve a interposição de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário e o processo transitou em julgado em 21/01/2019.

---

<sup>110</sup> “Art. 8º. Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; [...] VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.” Cf. BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>111</sup> VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Délia. *El derecho de autor en la Argentina: Ley 11.723 y normas complementares y regulamentarias, concordadas com los tratados internacionales, comentadas y anotadas com la jurisprudência*. Argentina: La Ley, 2001, p. 37.

<sup>112</sup> Foi feita pesquisa no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, contudo não foram encontrados julgados relevantes para a discussão.

<sup>113</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. *Apelação n. 1013157-14.2017.8.26.0071*. Relator: Des. Sergio Augusto de Freitas Jorge. Julgado em: 23 nov. 2018. Publicado em: 23 nov. 2018.



Nas razões da decisão foi afirmado que ideias não são passíveis de proteção por Direito de Autor, destacando que o objeto de proteção autoral é a obra intelectual e não a ideia contida nela. Outras razões expostas pelo Desembargador foram a inexistência de originalidade do método, pois adota sistema já existente no mercado<sup>114</sup> e a inexistência de identidade entre os sistemas do autor e do réu.

O acórdão restou assim ementado:

ACÇÃO DE RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL C/C RETRATAÇÃO PÚBLICA E REPARAÇÃO DE DANOS. PROJETOS DE ANÁLISE DE COMBUSTÍVEL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRELIMINAR AFASTADA. SIMPLES NARRAÇÃO DE IDEIA. AUSÊNCIA DE DESENHOS TÉCNICOS DO PROJETO, PROTÓTIPO E REQUISIÇÃO DE PATENTE. IDEIAS NÃO SÃO PASSÍVEIS DE PROTEÇÃO POR DIREITOS AUTORAIS. ART. 8º, I, DA LEI FEDERAL N.º 9.610/98. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ORIGINALIDADE DO SISTEMA DE ANÁLISE DA QUALIDADE DO COMBUSTÍVEL IDEALIZADO PELO AUTOR. IDEIA DO AUTOR QUE É, À EVIDÊNCIA, COMPLETAMENTE DIFERENTE DO SISTEMA QUE FOI PROJETADO E CONCRETIZADO EM PROTÓTIPO PELO APELADO. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.<sup>115</sup>

Mesmo que houvesse identidade entre o projeto descrito pelo requerente e o executado pelo réu, o que o direito autoral protegeu foi o projeto de análise de combustível e não o sistema de análise descrito nesse projeto. O sistema de análise é a ideia que, no caso, foi expressada em um projeto na forma de relatório. A mesma ideia poderia ter sido objeto de patente – se cumpridos os requisitos – sem violar o direito autoral do requerente. O artigo 8º, inc.VII<sup>116</sup> afasta da proteção autoral o aproveitamento industrial de ideias contidas na obra. Esse entendimento, como será visto no capítulo 2, também tem respaldo na doutrina estadunidense, tendo surgido com o julgamento do caso *Baker v. Selden*.

No acórdão, ainda, consta a inexistência de originalidade do método, em razão da adoção de sistema já existente no mercado. Com base no exposto no subcapítulo 1.2. o desembargador em questão tratou originalidade como sinônimo de novidade, o que pode ser

<sup>114</sup> Esclarece-se que houve confusão por parte do Relator quanto ao requisito de originalidade (Direito de Autor) e o de novidade (Patente). A justificativa apresentada pelo Relator (existência do sistema no mercado) está de acordo com o requisito da novidade, até por se tratar de um sistema – não protegível por Direito de Autor.

<sup>115</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. *Apelação n. 1013157-14.2017.8.26.0071*. Relator: Des. Sergio Augusto de Freitas Jorge. Julgado em: 23 nov. 2018. Publicado em: 23 nov. 2018.

<sup>116</sup> “Art. 8º. [...] VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.” Cf. BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

considerado equivocado. Outra medida questionável foi afastar a aplicação do instituto de Direito de Autor em razão unicamente da ausência do que foi chamado de originalidade, visto que se tratava de método, cuja proteção pelo instituto em comento é expressamente vedada no artigo 8º, I, da Lei 9.610/98.

Além das ideias contidas nas obras não serem passíveis de proteção, também não são protegíveis cenas que devam ser feitas ao se tratar de determinado tópico, pois acabam se confundindo com a ideia desse tópico. Esse é o caso da *scènes à faire doctrine*, que foi claramente ilustrada, apesar de o julgador não ter utilizado essa expressão no caso Big Brother vs. Casa dos Artistas.

No caso, a TV GLOBO Ltda. e a ENDEMOL ENTERTAINMENT INTERNATIONAL B.V. ingressaram em face de TVSBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S/A, sob o argumento de que o programa “Casa dos Artistas”, veiculado pela ré, constitui plágio de outro da segunda requerente, denominado “Big Brother”.

No caso, foi deferida a liminar para suspender a exibição do programa “Casa dos Artistas”, que foi revertida em sede de Agravo de Instrumento<sup>117</sup>. A sentença proferida entendeu pela existência de proteção autoral sob o formato do programa “Big Brother”, de exibição pela requerente, reconhecendo a ocorrência de plágio. Foi interposto recurso de apelação pelas rés, que manteve a sentença na íntegra. Houve, ainda, a interposição de Recurso Especial, que restou inadmitido, sendo proposto Agravo em Recurso Especial, cujo provimento foi negado. Atualmente o processo encontra-se arquivado.

A decisão proferida no Agravo de Instrumento merece destaque por ter aplicado, conforme referido acima, entendimento em consonância com a *scènes à faire doctrine*<sup>118</sup> estadunidense, que será vista de forma mais aprofundada no subcapítulo 2.3. Para o estágio de desenvolvimento do presente trabalho é suficiente saber que, segundo a doutrina “incidentes, personagens ou cenários que são de uma forma prática indispensáveis, ou ao menos um padrão, na abordagem de um determinado tópico [...]”<sup>119</sup>, estão também englobados pelo tópico, não sendo protegíveis por Direito de Autor. Nesse sentido, o trecho da decisão em comento:

Dessa forma, a existência de câmeras e microfones ocultos, a monitoração permanente dos concorrentes, a central técnica de controle especial, a horta, as conversas entre apresentador e concorrentes, os quartos coletivos e,

<sup>117</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara de Direito Privado. *Agravo de Instrumento n. 9015402-37.2001.8.26.0000*. Relator: Marcus Andrade. Julgado em: 06/12/2001. Publicado em: 28/12/2001.

<sup>118</sup> Apesar do nome em francês surgiu nos Estados Unidos, no caso *Cain v. Universal Pictures Co.*, esta doutrina será abordada de forma mais profunda no subcapítulo referente às limitações aos Direitos de Autor nos EUA.

<sup>119</sup> *Alexander v. Haley*, 460 F. Sup p. 40 (S.D.N. Y. 1978).

permanentemente, monitorados por espelhos falsos, a sala de estar e reuniões, totalmente monitoradas, a câmera no box do chuveiro, a coincidência de regras, a privação de acesso aos meios de comunicação, a exclusão de concorrentes até restar apenas um, configuram procedimentos direcionados à consecução da ideia central e a ela se prendem.<sup>120</sup>

Contudo, a decisão proferida na sentença e mantida pelo Tribunal de Justiça está equivocada, na medida em que em última análise acaba protegendo ideias. Corrobora esta afirmação a jurisprudência majoritária do Tribunal Paulista, que admite que formatos de programas não são protegíveis por Direitos de Autor, pois equivaleria à proteção da ideia por trás do programa e não propriamente à expressão dessas ideias, que correspondem às particularidades de cada diferente programa do mesmo formato.

Um exemplo dessa jurisprudência majoritária é o julgamento proferido na apelação cível n. 0001800-56.2008.8.26.0625<sup>121</sup>. No caso, o requerente alegava violação de seus Direitos de Autor sobre o programa “Show de Oportunidades”, que consistia na exposição de produtos de varejo para venda, pelo programa “Vale Mais Oportunidades” de titularidade da ré, além de violação de marca e concorrência desleal. A sentença julgou improcedente a demanda, sendo mantida em grau recursal. Não foi interposto recurso especial.

A seguir transcreve-se trecho elucidativo sobre a temática proferido na decisão:

Com efeito, não existiu violação a direito autoral. Isso porque não há direito de autor em relação a determinado formato de programa televisivo. Cuida-se de simples ideia genérica, que não confere ao criador exclusividade e muito menos a prerrogativa de impedir a veiculação de programas de formato semelhante. (grifo no original)

Nessa linha de diferenciação entre ideia e expressão de obras audiovisuais e em face à espécie de obra abordada nessa pesquisa, mister se faz esclarecer também com relação aos personagens. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro julgou a Apelação Cível n. 2008.001.05609<sup>122</sup>, cuja ação foi proposta por Joane Kathleen Rowling em face de Jotaelle Produções e Produções Artísticas Ltda. e Joyce Promoções Culturais Ltda, por violação de Direitos de Autor. A sentença de primeiro grau foi procedente, decisão mantida em sede

<sup>120</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara de Direito Privado. *Agravo de Instrumento n. 9015402-37.2001.8.26.0000*. Relator: Marcus Andrade. Julgado em: 06/12/2001. Publicado em: 28/12/2001.

<sup>121</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara de Direito Privado. *Apelação Cível n. 0001800-56.2008.8.26.0625*. Relator: Des. Francisco Loureiro. Julgado em: 28 nov. 2013. Publicado em: 29 nov. 2013.

<sup>122</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 10ª Câmara Cível. *Apelação Cível n. 0002963-29.2003.8.19.0209*. Relator: Des. Bernardo Moreira Garcez Neto. Julgado em: 21 maio 2008.

recursal, sendo interposto Recurso Especial, que não foi conhecido, e proposto Agravo em Recurso Especial, cujo provimento foi negado. O processo encontra-se arquivado.

No caso, a requerente escreveu os livros da sequência intitulada “Harry Potter” e a primeira requerida organizou uma peça de teatro chamada “Harry Potter – o aprendiz de feiticeiro”. Após contato dos procuradores da requerente, a primeira requerida retirou o nome “Harry Potter” dos anúncios, mas manteve todas as características físicas dos personagens e enredo básico da história dos jovens aprendizes de magia negra.

A violação aos Direitos de Autor foi reconhecida em primeiro grau com a condenação das rés ao pagamento de 10% sobre o lucro líquido das apresentações e danos morais no valor de R\$19.000,00 (dezenove mil reais). Foi negado provimento ao recurso de apelação, com base no fundamento de que as características físicas dos personagens são iguais e de que a peça de teatro é uma adaptação da obra original, o que não exclui o plágio – ao contrário do argumento trazido pela primeira requerida.

RAMOS e ANDRADE explicam essa proteção quanto à personagem, definindo como passível de proteção “toda a construção complexa de forma física, comportamento, temperamento, forma de se relacionar, enfim, é a colocação de características humanas – humanização – de algo que pode ou não ter forma humana<sup>123</sup>”.

Os autores elaboraram um teste de duas fases para definir se a personagem deve ou não ser protegida por Direitos de Autor. A primeira fase do teste consiste da retirada da personagem do seu contexto fictício e analisar se as suas características humanizadas (identidade) permanecem. Em caso positivo, analisa-se a possibilidade de realização de obras derivadas dessa personagem. Resultando ambas as fases positivas, a personagem merece proteção por Direitos de Autor, nomeadas pelos doutrinadores de personagens-constructos, enquanto os não protegíveis seriam os personagens-ideias.

O bruxo *Harry Potter* possui características humanas próprias, mesmo que deslocado da obra, bem como é possível a elaboração de obras derivadas com base nele, tanto que foi realizada a peça teatral em discussão no processo referido. Portanto, ao conferir tais características humanas e a autonomia que permite a criação a partir da personagem, *Harry Potter* se torna a expressão da ideia de um bruxo adolescente e por isso, protegível.

Um exemplo no universo dos *games* é o caso do personagem *Ezio Auditore da Firenze* do jogo *Assassin's Creed*, que foi protagonista do filme homônimo. Trata-se portanto, de um personagem cujas características humanizadas permanecem mesmo fora do contexto em

---

<sup>123</sup> RAMOS, Caroline Tinoco; ANDRADE, André. *Proteção autoral de personagens na era da informação*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/personagens.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019., p. 05.

que foi criado e de quem é possível desenvolver obras derivadas. Contudo, caso os elementos de sua personalidade, em um conjunto, fossem genéricos e ao retirar a sua imagem e nome pudessem ser atribuídos a qualquer outro, não haveria proteção. Assim, *Ezio Auditore da Firenze* é considerado uma obra no sentido jurídico conferido pelo Direito de Autor, não podendo ter suas características humanizadas, sua imagem ou seu nome copiados; além da obra *Assassin's Creed* em si.

Por fim, outro caso elucidativo é o julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (RE 1.528.627<sup>124</sup>), que abordou a criação de uma disciplina na pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), supostamente com base na dissertação de mestrado de uma aluna.

No caso, a aluna e autora da demanda elaborou pesquisa sobre a construção da figura dos vampiros com base em obras literárias ao longo do tempo e alega que a UFSC plagiou o seu trabalho ao disponibilizar disciplina com o objetivo de examinar a história literária dos vampiros. A demanda foi julgada improcedente e a sentença foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Colaciona-se aqui trecho da decisão do STJ, relevante para a compreensão do tema:

O referido inciso I [art. 7º, Lei 9.610/98] já sinaliza que a proteção de que gozam as obras literárias e científicas limitam-se ao seu **texto**. Ademais, o art. 8º do referido diploma expressamente exclui do âmbito de proteção dos direitos autorais as **ideias**.

É basilar na seara dos Direitos Autorais o pressuposto de que, se as obras em si estão sob a proteção dos direitos de autor, as ideias de que decorrem não encontram a mesma proteção.

[...] Exatamente por este motivo [conferência de monopólio], o ordenamento protege apenas e tão somente a **forma de expressão** utilizada na obra, e não a **ideia** nela contida, que se encontra em domínio público e pode ser por todos utilizada.

[...] Mais especificamente, o § 3º do art. 7º da Lei n. 9.610/98 determina que, tratando-se de obra no domínio das **ciências**, a proteção recai apenas sobre a forma literária ou artística, e não abrange seu **conteúdo científico** ou **técnico**.<sup>125</sup> [grifo no original]

A controvérsia aqui decidida, em parte, se assemelha a Apelação de n. 1013157-14.2017.8.26.007 (primeiro exemplo apresentado), visto que em ambos os casos foi elaborado um texto (projeto) como forma de expressão de determinadas ideias e, posteriormente, tais ideias foram concretizadas por outros meios.

<sup>124</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.528.627*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 07 mar. 2017. Publicado em: 14 mar. 2017.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

Dessa forma, compreende-se que existem diversas formas de expressar uma ideia e, que não necessariamente essa forma de expressão será fixada, de modo que a expressão é um requisito obrigatório, mas a fixação é opcional, dependendo do caso, conforme o próprio artigo 7º da Lei 9.610/98 indica.

Finalmente, cabe analisar as limitações aos Direitos de Autor, pois ao desenvolver um jogo eletrônico, é necessário ter consciência do que pode ser aproveitado de obras já disponíveis no mercado, assim como quais os usos legalmente possíveis para o jogo, sem autorização dos autores, com o conseqüente não pagamento de *royalties*.

#### 1.4 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS: ARTIGOS 46 A 48 DA LEI 9.610/98

Os Direitos Autorais (art. 5º, XXVII e XVIII, CF) possuem uma relação complexa com os direitos fundamentais da liberdade de expressão (art. 5º, IV, art. 220, CF), de acesso à informação (art. 220, CF), do direito de exercício e acesso à cultura (art. 215, CF), e com a função social do direito (art. 5º, XXIII), uma vez que podem ter uma conotação positiva – emanando os Direitos Autorais de tais direitos fundamentais – e outra vez em uma negativa – Direitos Autorais como limitadores de tais direitos fundamentais<sup>126</sup>. As limitações<sup>127</sup> aos Direitos de Autor (art. 46 a 48, lei 9.610/98) surgem justamente como uma resposta a ponderação entre esses institutos, na medida em que temos, por exemplo, a possibilidade de reprodução de notícias<sup>128</sup>.

Nesse sentido, HAMMES<sup>129</sup> explica que os Direitos de Autor estão sujeitos a uma vinculação social, motivo pelo qual o autor de obra protegida deve suportar algumas restrições aos seus direitos. Segundo o doutrinador, as limitações impostas aos Direitos de Autor pela lei brasileira dividem-se em: (i) determinadas reproduções, (ii) reprodução em um só exemplo, (iii) apontamentos pelos escolares; (iv) execução no âmbito familiar ou nas escolas; e (v) reproduções para fins de prova judiciária ou administrativa.

---

<sup>126</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 312.

<sup>127</sup> Qualificar tais situações como “exceções” implicaria no reconhecimento do Direito de Autor como um absoluto que só excepcionalmente seria limitado, seguindo-se necessariamente o entendimento deste direito como um direito de propriedade. Por se entender o Direito de Autor como um direito de exclusiva, o termo limitações torna-se mais adequado.

<sup>128</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 337.

<sup>129</sup> HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 91.

O artigo 46<sup>130</sup> da lei 9.610/98 apresenta um rol de onze restrições aos Direitos de Autor, além das restrições previstas nos artigos 47<sup>131</sup> e 48<sup>132</sup>, mas não afirma ser taxativo, assim como não indica ser exemplificativo – não utiliza expressões como “tais como”, utilizada no *caput* do artigo 7º da mesma lei, que apresenta um rol taxativo, por exemplo.

ASCENSÃO entende que, por não haver nenhuma indicação de se tratar de rol taxativo, deve-se aplicar “os princípios gerais da analogia na determinação dos limites admissíveis”<sup>133</sup>, ou seja, dentro de tais princípios gerais deve-se interpretar o referido rol como exemplificativo. No mesmo sentido ADOLFO defende uma interpretação exemplificativa<sup>134</sup>, com base em uma maximização dos benefícios sociais no Direito Autoral<sup>135</sup>.

Nessa mesma linha de raciocínio TEIXEIRA<sup>136</sup> defende que o rol em comento é exemplificativo, pois como os Direitos de Autor devem ser limitados à sua função social e todas as limitações legais estão respaldadas pela função social, mas nem tudo o que a função social dos Direitos de Autor protege está nesse rol, a conclusão lógica é de que este rol é exemplificativo.

Em sentido contrário é o entendimento de BRANCO<sup>137</sup>, que defende que o rol apresentado no artigo 46 é taxativo, mas não ignora a insuficiência desse. A doutrinadora afirma que o ponto comum das limitações é o uso não comercial das obras, privilegiando o caráter informativo, educacional e social, assegurados pela Constituição Federal brasileira.

Também defendendo a tese de que o rol em comento é taxativo encontra-se ESTEVES<sup>138</sup>. O doutrinador parte do pressuposto de que a Lei de Direitos Autorais foi editada pelo Poder Legislativo democraticamente constituído e, que, portanto, não cabe ao intérprete

<sup>130</sup> “Art. 46: Não constitui ofensa aos direitos autorais: [...]” Cf. BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>131</sup> “Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.” Cf. *Ibidem*.

<sup>132</sup> “Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.” Cf. *Ibidem*.

<sup>133</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Sila; WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Direito da Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 30.

<sup>134</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 312.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>136</sup> TEIXEIRA, Diogo Dias. A legalidade da reprodução integral de obra protegida por direito de autor para uso privado. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Org.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 21.

<sup>137</sup> BRANCO JR., Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, ca p. 2, p. 47.

<sup>138</sup> ESTEVES, Maurício Brum. *Justificação constitucional do direito de autor: da hermenêutica aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 22.

uma tentativa de supostamente harmonizar a previsão normativa com a ordem constitucional<sup>139, 140</sup>.

Ainda, ESTEVES afirma que entender como rol exemplificativo “não passa de uma técnica retórico-interpretativa para contornar as previsões legais e moldar a normatividade (autoralista) a espelho da subjetividade e ânimo de seu intérprete, de forma discricionária”<sup>141</sup>, posicionando-se veementemente contra uma interpretação expansiva. Como será demonstrado ao final deste subcapítulo, não se pode concordar com essa posição.

Tendo em vista o objeto de estudo – jogos eletrônicos – serão abordadas as exceções previstas nos artigos 46, inciso I, alínea “a”, incisos III, V, VI, VIII, e artigos 47 e 48, deixando de ser analisados o artigo 46, inciso I, alínea “b”, “c” e “d” e incisos II, IV e VII, frente a irrelevâncias desses para o tema proposto. Faz-se importante trazer previsão legal da lei de software que limita a proteção aos direitos de autor e que interfere na sua forma audiovisual aqui estudada.

O artigo 6º, inciso III da Lei 9.609/98 (Lei do software) prevê que não será considerado ofensa ao direito do autor sobre o *software*, quando a semelhança entre os programas se der por força (i) das características funcionais de sua aplicação, (ii) da observância de preceitos normativos e técnicos; ou (iii) de limitação de forma alternativa para a sua expressão. Este último está em perfeita consonância com a *merger doctrine* estadunidense, que será vista no subcapítulo 2.4.

Como exemplo de característica funcional tem-se a interface<sup>142</sup> do usuário. Segundo NOVAK<sup>143</sup>, a finalidade básica da interface do usuário é a sua funcionalidade, não a sua estética. Assim, a regra seria que a semelhança entre a interface de jogos não violaria os direitos autorais da obra copiada. Contudo, deve-se ter em mente que mesmo elementos funcionais podem ser expressados de forma original e, portanto, serem passíveis de proteção autoral. Nesse sentido é

<sup>139</sup> ESTEVES, Maurício Brum. *Justificação constitucional do direito de autor: da hermenêutica aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 191.

<sup>140</sup> O autor refere que os caminhos que devem ser adotados no caso de conflito entre as regras emitidas pelo Poder Legislativo e as de ordem constitucional são os do controle concentrado e difuso de constitucionalidade e não uma interpretação expansiva. Cf. *Ibidem*, p. 192.

<sup>141</sup> ESTEVES, Maurício Brum. *Justificação constitucional do direito de autor: da hermenêutica aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 192.

<sup>142</sup> Interface é a conexão entre o jogador e o jogo, dividindo-se em manual e visual. A interface manual inclui console, teclas, mouse e controles, enquanto a interface visual é composta por “recursos que aparecem na tela para informar ao jogador como está sua saúde, as armas disponíveis e seu estado, a localização dos inimigos, a distância até os alvos, a posição dentro do mundo e qualquer outra informação que seja considerada relevante para o game, em termos tanto do que o jogador pode fazer como do que ele não deve fazer”. Cf. NOVAK, Jeannie. *Desenvolvimento de games*. Tradução de Pedro Cesar de Conti. São Paulo: Cengage Learning, 2017. p. 239.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 257.



a decisão da *US District Court for the District of New Jersey*, no caso *Tetris Holding LLC and The Tetris Company LLC v. Xio Interactive Inc*, que será vista no subcapítulo 2.4.

Outro elemento característico dos jogos eletrônicos é a jogabilidade, que segundo NOVAK<sup>144</sup>, deve ser compreendida como a história do jogo contada pelo próprio sistema. Diferentemente da *interface*, a jogabilidade não consiste em elemento funcional e, portanto, não se enquadra na regra de limitação supra referida.

Seguindo o disposto no artigo 2.8<sup>145</sup> da Convenção de Berna, que privilegia o caráter informativo das notícias, o artigo 46, I, “a”<sup>146</sup>, exclui do âmbito de proteção as notícias e artigos informativos vinculados na imprensa, desde que conste o nome do autor e o local da publicação original. ADOLFO<sup>147</sup> afirma, baseado nos ensinamentos de HAMMES, que as notícias não são obras, não sendo passíveis de proteção autoral, diferentemente dos artigos informativos. Dessa forma, as notícias deveriam estar arroladas no rol do artigo 8º que enumera casos em que não há incidência de proteção e, não, no artigo 46, em que estão previstas as exceções a essa proteção.

Portanto, notícias que abordem jogos eletrônicos, muitas vezes com reprodução de imagens dos jogos, seja por intermédio de foto ou de trecho audiovisual, enquadram-se na exclusão prevista no artigo 46, inciso I, alínea “a”. Como referido, essa exceção se justifica frente ao caráter informativo da notícia, protegido pelo direito fundamental à informação.

Como citado, as alíneas “b”, “c” e “d” não serão abordadas, bem como o inciso II, frente a inaplicabilidade aos jogos eletrônicos.

A exceção seguinte é a prevista no inciso III<sup>148</sup>, do artigo em comento, que trata das citações, em qualquer meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo,

<sup>144</sup> NOVAK, Jeannie. *Desenvolvimento de games*. Tradução de Pedro Cesar de Conti. São Paulo: Cengage Learning, 2017. p. 186.

<sup>145</sup> “Art. 2.8 A proteção da presente Convenção não se aplica às notícias do dia ou à ocorrências diversas que têm o caráter de simples informações de imprensa.” Cf. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*. Paris, 9 sept. 1886. Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/>. Acesso em: 25 abr. 2019.

<sup>146</sup> “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; [...]” Cf. BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>147</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 124.

<sup>148</sup> “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: [...]”

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; [...]” Cf. BRASIL, *op. cit.*

crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra. Esse inciso é muito utilizado na academia, inclusive, é o que baseia as citações realizadas nesse trabalho. As citações apresentadas no subcapítulo 2, por exemplo, objetivam criticar, estudar ou polemizar para o fim de se chegar a uma definição doutrinária acerca da definição de “originalidade”.

Ressalta-se que não se trata de cópia de obra integral, bem como deve constar, sempre, referência ao autor e obra; primeiro em razão do direito moral do autor de nomeação, segundo para não se enquadrar no instituto do plágio<sup>149</sup>.

No que se refere aos jogos eletrônicos, esse artigo pode fundamentar algumas exibições de jogos e de partidas de jogos em canais de plataformas, como a chamada YouTube, com comentários quanto a jogabilidade, enredo, design e demais elementos que compõem um jogo. Mas, deve-se ter em mente que ninguém pode reproduzir obra que não esteja em domínio público com o pretexto de comentá-la sem autorização do autor<sup>150</sup>. Portanto deve ser verificado o caso concreto.

A lei trata adiante da “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” (inciso V). Trata-se de uma ressalva na lei para, por exemplo, estabelecimentos de venda de aparelhos televisivos, permitindo que em tais aparelhos sejam rodados filmes, *video games*, seriados, etc. Aqui a ressalva se dá em razão do intuito de demonstração da qualidade dos itens vendidos e não da obra autoral.

A representação teatral e a execução musical são excepcionadas pelo inciso VI<sup>151</sup> desde que sejam realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino. Em qualquer desses casos a lei veda expressamente o intuito de lucro. Essa exceção vem sendo ampliada, de modo a aceitar “fins de integração” entre os pais dos alunos, além dos “fins exclusivamente didáticos” previstos pela lei<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> Tem-se ciência de que “plágio” não constitui tão somente a cópia integral de obra sem atribuição de autoria, contudo, para os fins a que esse trabalho se destina não convém fazer a abordagem detalhada desse instituto.

<sup>150</sup> “Art. 33. Ninguém pode reproduzir obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, sem permissão do autor”. Cf. BRASIL. *Lei n° 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>151</sup> “Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: [...] 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; [...]” Cf. *Ibidem*.

<sup>152</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 2ª Turma Especializada. *Apelação Cível n. 0007085-43.2015.4.02.5101*. Relator: Des. Messod Azulay Neto. Publicado em: 05 out. 2016.

É possível haver uma falha na legislação, visto que obras audiovisuais também são exibidas a título didático. Contudo, deve-se refletir quanto à aplicação desse inciso – considerando a adoção da corrente que compreende o rol em comento como exemplificativo – no que se refere aos jogos eletrônicos educativos. Trata-se de jogos eletrônicos cuja receita advém quase exclusivamente em razão da disponibilização para fins didáticos, de modo que a interpretação extensiva dessa exceção para abranger os jogos eletrônicos retira totalmente o incentivo econômico de produção de tais obras.

O último inciso do artigo 46 é o mais extenso e para o presente caso o mais controvertido. O referido inciso aborda “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.”

Ficam estabelecidas duas hipóteses distintas: *(i)* a reprodução em qualquer obra de pequenos trechos de obras preexistentes, qualquer que seja a sua natureza (hipótese 1) e *(ii)* a reprodução em qualquer obra de obra integral de artes plásticas (hipótese 2). Em ambos os casos a reprodução *(i)* não pode ser o objetivo principal da obra nova, *(ii)* não pode prejudicar a exploração normal da obra utilizada, e *(iii)* não pode causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

A hipótese 1 do inciso VIII pode ser exemplificada com a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Apelação Cível n. 0021688-59.2010.8.12.0001<sup>153</sup>, atualmente pendente de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>154</sup>. No caso, o Escritório Central de Arrecadação de Direitos Autorais (ECAD) ingressou com ação em face de GRG Entretenimentos Ltda EPP, que exercia a profissão de DJ, cobrando a taxa de arrecadação prevista no artigo 99 da Lei 9610/98.

Segundo a decisão, que enquadrava a criação de DJ na limitação do inciso VIII, o trabalho desse profissional consiste da “reprodução de pequenos trechos de obras musicais para que outras (autônomas) possam ser criadas, com ritmo e sonoridade próprias.” Contudo, ressalva que mereceria ser feita e não o foi pelo desembargador relator, é a de que existem pelo menos dois tipos de DJ, os que criam e os que reproduzem. Os que criam se enquadram

---

<sup>153</sup> MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. *Apelação Cível n. 0021688-59.2010.8.12.0001*. Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Publicado em: 24 out. 2016.

<sup>154</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1668038/MS (2017/0091539-5)*. Relator: Maria Isabel Gallotti.

perfeitamente na limitação, exatamente nos moldes da decisão apresentada; mas, muitos, que normalmente se apresentam em pequenos eventos, limitam-se a reproduzir, integralmente, sucessos de outros autores. Nesse caso, haveria sim a necessidade de recolhimento perante o ECAD.

A hipótese 2 – reprodução integral de obra de artes plásticas – pode ser exemplificada com a apelação cível n. 1007409-55.2015.8.26.0011, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>155</sup>, atualmente com recurso especial pendente de julgamento. A referida decisão trata da utilização de obra de artes plásticas (grafite), localizada em logradouro público, durante 04 (quatro) segundos, em campanha publicitária de duração de 30 (trinta) segundos, veiculada por Nissan do Brasil Automóveis Ltda, TBWA Publicidade Propaganda Ltda. e Reccorte Produções de Vídeos e Filmes Ltda.

O acórdão manteve a sentença de improcedência, fundamentando o seu entendimento no artigo 48, que será visto adiante, e no artigo em comento. No caso, os julgadores entenderam que a obra de arte plástica fixada em logradouro público, que aparece no comercial em questão, foi utilizada em uma noção de obra secundária, de menor importância e, portanto, se enquadraria no inciso VIII em comento. Nos termos do desembargador:

Ao analisar as fotos da filmagem e demais elementos relacionados à peça publicitária, nota-se que o trabalho dos autores aparece por breve espaço de tempo, ao fundo, de modo a não ser possível vislumbrar uso da imagem com fins comerciais.

Incidente na hipótese o art. 46, inc. VIII, da Lei de Direitos Autorais: [...]

A ausência de fins comerciais referida na decisão comentada acima está em consonância com as limitações previstas no inciso em análise. A primeira limitação (que a reprodução não seja o objetivo principal da obra nova) está atrelada diretamente com a proibição de causar prejuízos injustificados aos legítimos interesses do autor da obra reproduzida, visto que ambos objetivam evitar a concorrência.

A segunda (que a reprodução não prejudique a exploração normal da obra reproduzida) e a terceira (não causa prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor) limitações são oriundas da Convenção de Berna que, em seu artigo 9.2<sup>156</sup>, fixou regra de

---

<sup>155</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1007409-55.2015.8.26.0011*. Relator: Des. James Siano. Julgado em: 12 abr. 2017. Publicado em: 03 maio 2017.

<sup>156</sup> “Art. 9.2 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.” Cf. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et*

limitação ao direito de reprodução que ficou conhecida como a “regra dos três passos”. Segundo a referida regra os países membros da Convenção de Berna podem dispor sobre a reprodução de obras (i) em certos casos especiais; desde que (ii) não afete a exploração normal da obra, (iii) nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

A referida regra foi replicada no artigo 13<sup>157</sup> do Acordo de Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC) e no artigo 10.1<sup>158</sup> do Tratado da OMPI sobre direitos de autor. Contudo, nesses dois acordos internacionais as limitações não ficaram restritas a reprodução de obras autorais, acabando por, implicitamente, alargar o âmbito de aplicação da “regra dos três passos”. Assim, atualmente, a referida regra é aplicável a qualquer direito patrimonial de autor.

Apesar de ser criticada por ser demasiadamente ampla, a “regra dos três passos” é o que há de mais próximo de uma fonte normativa geral de limitações aos Direitos de Autor, em nível internacional<sup>159</sup>. A exigência de aplicação da regra somente em certos casos especiais demonstra a excepcionalidade com que a regra deve ser aplicada. Segundo SANTOS<sup>160</sup>, essa limitação só pode ser aplicada a casos bem definidos, “justificáveis em função de critérios pré-determinados”.

A Organização Mundial do Comércio (OMC), em painel instaurado pela Comunidade Europeia em face dos Estados Unidos, em razão de suposta violação do artigo 13 do ADPIC pelos artigos 110(5)(A) e 110(5)(B) do *copyright Act* Estadunidense, apreciou a definição de “casos especiais”. Na ocasião, foi decidido que o art. 110(5)(B) violaria o artigo 13 do ADPIC porque a exceção beneficiaria “uma grande maioria dos restaurantes e estabelecimentos de venda de bebidas e cerca da metade dos estabelecimentos de vendas a

- 
- artistiques*. Paris, 9 sept. 1886. Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/>. Acesso em: 25 abr. 2019.
- <sup>157</sup> “Art. 13. Os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito.” Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio*. Marrakesh, 15 abr. 1994. Disponível em: [http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac\\_trips.pdf](http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf). Acesso em: 20 nov. 2019.
- <sup>158</sup> “Art. 10.1. As Partes Contratantes podem, em suas legislações nacionais, prever limitações ou exceções aos direitos reconhecidos aos autores de obras literárias e artísticas ao abrigo do presente Tratado, em certos casos especiais que não entrem em conflito com a exploração normal do trabalho e não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor.” Cf. ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*. Paris, 9 sept. 1886. Disponível em: <https://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/>. Acesso em: 25 abr. 2019.
- <sup>159</sup> MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. São Paulo: PUCSP, 2007. p. 482-483.
- <sup>160</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Cópia privada: direito de autor e interesse público. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Org.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 271.

retalho”<sup>161</sup>. Ou seja, se muitas pessoas se beneficiarem da limitação, então deixa de ser um caso especial.

ASCENSÃO<sup>162</sup> critica a decisão ao questionar se o conteúdo de “casos especiais” não seria sempre determinado por “exploração normal” e “prejuízo injustificado”, na medida em que a fundamentação adotada para identificar a violação do artigo 13, em específico o requisito de “casos especiais”, era, na realidade, fundamentação para violação da “exploração normal” da obra, causando um “prejuízo injustificado” ao autor. O doutrinador ressalta, ainda, que esse critério quantitativo para definição de “casos especiais” também já foi utilizado para definição de “exploração normal”.

O doutrinador defende a ideia de um critério qualitativo para a definição de “prejuízo injustificado” e “exploração normal”, afirmando que deve ser analisada a causa do prejuízo e da exploração. No caso da exploração, ASCENSÃO entende que “normal” é “aquilo para que normalmente a obra serve ou às circunstâncias em que ocorre”<sup>163</sup>.

DENIS BARBOSA entende “casos especiais” como restritos e claramente definidos, não sendo “possível qualquer limitação que não fosse casuística”<sup>164</sup>. Como “normal” compreende aquilo que está ocorrendo no mercado e que pode vir a ocorrer, ressaltando que a fonte normativa visa a impedir que o beneficiário se torne concorrente do autor. E, por fim, afirma que os interesses “legítimos” serão aqueles decorrentes da norma jurídica e os não conflitantes com o sistema jurídico<sup>165</sup>.

No mesmo sentido que DENIS BARBOSA é o entendimento de SOUZA<sup>166</sup> que afirma que “exploração normal” deve ser compreendida como as formas de exploração que geram receitas e que poderiam vir a gerá-las. E, interesse legítimo seria todo aquele que abranger “interesses econômicos e não-econômicos” dos autores.

O *Resource Book on TRIPS and Development* prevê que o segundo passo – exploração normal – requer uma análise da forma em que o trabalho é realmente explorado e se a natureza da exploração é admissível ou desejável. E complementa no sentido de que já foi decidido no âmbito da OMC, que o intuito da regra é proibir que quem usufrui da limitação faça concorrência ao autor<sup>167</sup>.

---

<sup>161</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992.

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> *Ibidem*.

<sup>164</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Tratado de Propriedade Intelectual*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>165</sup> *Ibidem*.

<sup>166</sup> SOUZA, Marcos Rogério de. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra: “regra dos três passos” e as limitações aos direitos autorais. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v. 3, p. 211-227, 2013. p. 221.

<sup>167</sup> “The panel held that, while not every commercial use of a work is necessarily in conflict with a normal exploitation, such a conflict will arise if uses of the work pursuant to the exception or limitation ‘enter into

Com relação ao “legítimo interesse”, o *Resource Book* afirma que “interesses” se refere a vantagem ou prejuízo econômico ou não econômico, autorizado por lei, haja vista a necessidade de proteção dos interesses justificáveis à luz do sistema autoral<sup>168</sup>.

SANTOS<sup>169</sup> acompanha o referido guia ao afirmar que “interesse legítimo” não é interesse “legal” no sentido de interesse juridicamente tutelado, mas sim de interesse ‘justificado’ em razão dos fins colimados pela lei.” e que, portanto, deve haver o sopesamento com o interesse público. Apesar do *Resource Book* exigir uma autorização por lei e SANTOS afastar essa tutela legal, ambos entendem que se deve considerar os fins buscados pela lei.

Assim, conclui-se haver certo denominador comum no sentido de que “exploração normal” é a exploração corriqueira no mercado, de modo que o beneficiado pela exceção não pode concorrer com o autor, e que “interesse legítimo” é aquele interesse que o autor possui em razão de uma expectativa criada, seja por previsão legal ou prática de mercado, seja de cunho econômico ou não.

Com relação a “casos específicos”, será seguido o entendimento aplicado pela OMC no sentido de utilizar-se uma avaliação quantitativa. Acredita-se que essa expressão tenha sido utilizada para demonstrar uma ideia de exceção, de raridade, até porque se utilizada como regra – no sentido do que Ascensão afirma – prejudicará a exploração normal da obra, conforme uma definição quantitativa.

Outro ponto que merece atenção é o objetivo da regra. DENIS BARBOSA considera que a fonte normativa visa a impedir que o beneficiário se torne concorrente do autor, no mesmo sentido do previsto no *Resource Book*, onde consta que o intuito da regra é proibir que quem

---

competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right’.” Cf. UNCTAD-ICTSD. *Resource book on TRIPS and development*. New York: Cambridge University Press, 2005. [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2005d1\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2005d1_en.pdf). Acesso em: 20 nov. 2019. Em tradução livre: “O painel considerou que, embora nem todo uso comercial de uma obra esteja necessariamente em conflito com uma exploração normal, esse conflito ocorrerá se os usos da obra de acordo com a exceção ou limitação ‘entrarem em concorrência com as formas que os titulares de direitos normalmente extraem valor econômico desse direito’.”

<sup>168</sup> “As to the meaning of ‘interests,’ the above panel determined that both economic and non-economic advantage or detriment are covered. With regard to ‘legitimate’ the panel noted that this means an interest authorized by law in the legal positivist sense, as well as a normative concern for protecting those interests that are justifiable in light of the objectives that motivate copyright protection.” Cf. UNCTAD-ICTSD. *Resource book on TRIPS and development*. New York: Cambridge University Press, 2005. [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2005d1\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ictsd2005d1_en.pdf). Acesso em: 20 nov. 2019. Em tradução livre: “Quanto ao significado de ‘interesses’, o painel acima determinou que tanto a vantagem ou o prejuízo econômico e não econômico são cobertos. Com relação a ‘legítimo’, o painel observou que isso significa um interesse autorizado por lei no sentido positivista legal, bem como uma preocupação normativa por proteger aqueles interesses justificáveis à luz dos objetivos que motivam a proteção de direitos autorais.”

<sup>169</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Cópia privada: direito de autor e interesse público. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Org.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 272.

usufrui da limitação faça concorrência ao autor. A dúvida que é gerada por tais afirmações é quanto à necessidade de inexistência de concorrência pretérita a cópia.

Se a norma visa a evitar a concorrência, compreende-se que as partes envolvidas não eram concorrentes e, em razão da cópia, passaram a ser. Contudo, trata-se de questão que deve ser averiguada no caso concreto, pois não se pode excluir das possibilidades a existência de uma relação de concorrência pretérita que foi agravada em razão da cópia, de modo a haver prejuízo a exploração normal da obra e aos legítimos interesses do autor.

Dessa forma, entende-se que a necessidade ou não de inexistência de relação concorrencial pretérita será averiguada no caso concreto, quando da análise da regra dos três passos em si.

Nesse ponto deve ser feita ressalva de que violações de direitos de autor não incorrem automaticamente em práticas de concorrência desleal. De forma superficial, visto que não é objeto desse trabalho, esclarece-se que para configuração de concorrência desleal, envolvendo direitos de Propriedade Intelectual, é necessário o enquadramento em uma das condutas previstas no artigo 195 da lei 9.279/96 ou que a conduta praticada seja “tendente a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.” (art. 209).

Assim, sem a configuração de alguma dessas condutas não há que se falar em concorrência desleal, mesmo que a cópia perpetrada seja de elementos desprovidos de originalidade. Ou seja, pode ocorrer situação em que não haverá nem violação de direito de autor, nem concorrência desleal.

Retomando a análise do inciso VIII, com enfoque na aplicação deste nos jogos eletrônicos, percebe-se que a hipótese 1, abordada acima, pode ocorrer no que se refere principalmente a utilização de trechos de músicas em jogos eletrônicos. Apesar de o jogo ter fim comercial, a reprodução em si de trecho de música ingressa somente indiretamente no valor final do produto.

Nesse sentido, a utilização de trecho de obra musical em vídeo game não viola a exploração normal, visto que não interfere na exploração corriqueira da música e não cria concorrência entre autor e quem a está utilizando de forma secundária. Também não agride o interesse legítimo do autor, pois não interfere em suas expectativas legais ou mercadológicas, econômicas ou não. Por fim, deve-se utilizar como exceção, pois no momento em que se tornar regra a lógica aplicada ao interesse legítimo do autor muda.



O caso estudado ao se explicar a hipótese 2 também pode ser utilizado para os *video games*, visto que a prática de reprodução de cidades nos jogos está cada vez mais comum. É o caso do jogo *Call of Duty Modern Warfare 2*<sup>170</sup>, em que uma das fases se passa na cidade do Rio de Janeiro, em um cenário que imita as favelas existentes<sup>171</sup>.

De qualquer forma, a reprodução integral de obras de grafite, quadros ou outras em jogos eletrônicos não afeta a exploração normal, pois não há prejuízo a exploração corriqueira, podendo, dependendo do caso, levar até mesmo a uma popularização da obra, bem como não gera concorrência.

O interesse legítimo também não é prejudicado, na medida em que as expectativas do autor, sejam legais ou mercadológicas, econômicas ou não, não serão afetadas. No caso da popularização da obra pode haver alteração nas expectativas, mas de forma positiva, pela procura de exemplares, quando possível, e do próprio autor para elaboração de obras novas. A utilização deverá ser de forma excepcional.

Encerrado o artigo 46, convém fazer breve referência quanto a limitação do artigo 47<sup>172</sup>, que trata das paródias e paráfrases, haja vista que possui uma pequena margem de aplicação no estudo proposto. O artigo fixa dois requisitos para conceder a isenção às paródias e paráfrases: (i) não seja verdadeira reprodução da obra originária e (ii) não implicar em descrédito da obra originária.

Pode-se compreender “paródia” como obra derivada, cômica e/ou crítica, com referência à obra originária. Apesar de não se tratar de uma definição unânime, o que gera controvérsia nesse artigo é a impossibilidade de implicar descrédito à obra originária, uma vez que as paródias têm como objetivo, majoritariamente, a ridicularização da obra originária. CAMELO e LIGUORI FILHO<sup>173</sup> afirmam que um caso de descrédito ocorre quando “a obra em si extrapola sua finalidade crítica ou humorística e passa a ofender ou desrespeitar (e não apenas criticar) diretamente a obra parodiada ou o autor desta”.

---

<sup>170</sup> LOES, João. Favela game: violência nos morros cariocas é uma das atrações de maior sucesso da indústria do entretenimento neste ano. *Istoé*, São Paulo, 26 nov. 2009. Disponível em: [https://istoe.com.br/15737\\_FAVELA+GAME/](https://istoe.com.br/15737_FAVELA+GAME/). Acesso em: 29 set. 2019.

<sup>171</sup> Não se tem conhecimento se os grafites utilizados no vídeo game são cópia de originais existentes na cidade.

<sup>172</sup> “Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.” Cf. BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>173</sup> CAMELO, Ana Paula; LIGUORI FILHO, Carlos Augusto. Fanfiction e paródia: uma tentativa de viabilização da produção de fãs em meio à ausência de reforma da lei de direitos autorais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 13, n. 1, p. 20-48, 2018. p. 37.

Poder-se-ia, por exemplo, desenvolver um jogo eletrônico em que ao ouvir determinada música o personagem age de forma vexatória. Contudo, não se tem notícia quanto a realização dessa prática.

Por fim, o último caso de limitação a proteção autoral é o previsto no artigo 48 e trata que “obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.”

Primeiramente chama a atenção o fato de o legislador utilizar o verbo “representar” ao invés de “reproduzir”. Enquanto “representar” tem como sinônimo “exibir” e “expor”, “reproduzir” tem como sinônimo “cópia”, “imitação”. Nesse sentido, ASCENSÃO explica que a reprodução equivale a produção de exemplares<sup>174</sup>, enquanto a representação equivale a interpretação<sup>175</sup>. A título ilustrativo da diferença entre reprodução e representação, exemplifica-se: a interpretação de um autor durante o canto seria uma representação, enquanto a reprodução seria filmagem dessa interpretação e cópia em exemplares.

ASCENSÃO alerta que essa distinção, na prática, não é decisiva<sup>176</sup>. A ideia de indiferença entre os termos técnicos referidos vem reforçada pela explicitação da Lei quanto aos meios em que a representação poderá ocorrer – pinturas, desenhos, fotografias e audiovisual, pois não se enquadram como “atividade humana de interpretação”<sup>177</sup>.

Apesar de entre as obras enumeradas não constar as de artes plásticas, ODY<sup>178</sup> entende que a enumeração é meramente exemplificativa, devendo incluir “obras de artes plásticas” ao ler o dispositivo. Esse entendimento vem embasado no que a doutrinadora afirma ser o fundamento desse preceito, que é a entrega da obra pelo artista à coletividade.<sup>179</sup>

No mesmo sentido foi a decisão no REsp 1438343/MS<sup>180</sup>, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que ao julgar controvérsia versando sobre a reprodução de obra de arte plástica situada permanentemente em logradouro público em ingresso de partida de futebol da Copa do Mundo entendeu que a utilização da obra teve fim de promoção do turismo local e não comercial. Entenderam que o aproveitamento comercial subsequente a reprodução da obra sem

---

<sup>174</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 234.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 284.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 285.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 284.

<sup>178</sup> Afirmação feita em resposta a pergunta desta autora em palestra ministrada em 15 jun. 2019, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

<sup>179</sup> ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 141.

<sup>180</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Recurso Especial n. 1438343*. Relator: Min: Luis Felipe Salomão. Julgado em: 01/12/2016. Publicado em: 22/02/2017.

autorização não é permitido, salvo se consubstanciar evidente divulgação do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico ou paisagístico.

No acórdão foi expressamente afirmado “A reprodução da fotografia da obra nos ingressos da competição revelou-se, diretamente, vinculada ao escopo de divulgação do patrimônio turístico da cidade, sem qualquer reflexo no interesse do público em participar do evento.”

No referido julgamento o Ministro Relator ressaltou, também que o papel da obra de arte plástica situada permanentemente em logradouro público é “eminentemente cultural, capaz de contribuir com a evolução social e o progresso humano”. Diversas são as decisões das cortes estaduais replicando esse entendimento, cita-se a título exemplificativo a de n. 0293166-12.2014.8.19.0001<sup>181</sup>.

Reforça esse entendimento o Recurso Especial 1562617<sup>182</sup>, segundo o qual quando não se tratar de divulgação do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico ou paisagístico e houver finalidade comercial, deve haver o requerimento de licença, sob pena de violação de Direitos de Autor.

É de se ressaltar que a decisão proferida na apelação cível n. 1007409-55.2015.8.26.0011, julgada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), trazida ao se tratar do artigo 46, inciso VIII, hipótese 2. O Desembargador Relator explanou sobre a arte urbana e o deslocamento da arte para o espaço público, de modo que as fronteiras entre o público e o privado se tornam obscuras. Replica-se trecho da decisão que explica esse movimento:

A antes rígida oposição entre esses extremos [público e privado] mostra-se hoje suplantada, pelo incessante desafio da arte.  
 Não podemos mais negar que o artista saiu às ruas, mas não só ele. A sociedade também se mobilizou para reivindicar seus direitos ocupando ruas, praças e avenidas, com inabalável conotação política.  
 O ativismo surge na arte e reverbera na vida política. A arte tornou-se ativista e os muros tornaram-se páginas a serem escritas, como alternativa contra a censura e a opressão.  
 É no *locus* urbano que o artista se expõe e busca ser “ouvido” em suas inquietações, interpretações e protestos de cunho sociais e/ou políticos. [grifos do original]

O Relator entendeu que as obras valorizaram o resultado final da criação audiovisual, por mais que tenham sido reproduzidas por curto período de tempo, caso contrário

<sup>181</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 21ª Vara Cível da Comarca da Capital. *Apelação Cível n. 0293166-12.2014.8.19.0001*. Relator: Des. Luiz Felipe Francisco. Julgado em: 15 maio 2018.

<sup>182</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. *Recurso Especial n. 1562617/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Publicado em: 30 nov. 2016.

não teriam sido escolhidas para figurarem ao fundo da imagem. Ainda, baseando-se no REsp 951.521/MA<sup>183</sup>, discorreu brevemente sobre a diferença entre obra em logradouro público e em domínio público, afirmando que obra em logradouro público, por mais que se torne patrimônio público gera direitos morais e materiais, ressaltando que o artigo 48 permite a representação, mas não afasta a necessidade de sua remuneração.

Verifica-se uma certa relação entre a hipótese 2 do inciso VIII do artigo 46 com o regramento trazido no artigo em comento. Relembrando, a hipótese 2 permite a reprodução integral de obras de artes plásticas em obra de qualquer natureza, enquanto o presente artigo permite a reprodução integral de obra permanentemente situada em logradouro público. Em ambos os casos não pode haver aproveitamento econômico, sendo que a hipótese 2 exige o cumprimento da regra dos três passos.

Assim, por exemplo, o grafite, cuja natureza originária exige que seja realizado em locais públicos, muito em razão de seu caráter sócio-político crítico, enquadra-se em ambas as limitações. Na linha das decisões apresentadas, um grafite que é reproduzido em um *video game* não viola direitos autorais, pois, como visto, é exibido de forma secundária, não interferindo diretamente no valor comercial da obra final.

A abordagem à obra de grafite é particularmente mais complicada que as demais obras de artes plásticas. O raciocínio apresentado por ODY de que o fundamento do artigo 48 é a entrega da obra pelo artista à coletividade é irretocável no que se refere a obras de artes plásticas tradicionais<sup>184</sup>, cujo habitat natural são as galerias de artes.

O grafite muda essa lógica em razão da sua natureza transgressiva e de instrumento de manifestação política, anônimo e em um ambiente urbano<sup>185</sup>, cujo principal artista na atualidade é conhecido por “Banksy”. Como é cediço, as obras desse autor sempre possuem um caráter de crítica social e política, adotando o referido pseudônimo, sem que o público saiba o seu verdadeiro nome e fisionomia.

Com a popularização dessa forma de arte, os grafites sem a conotação de crítica social e política, que lhes eram naturais, disseminaram-se. A exigência legal de autorização do poder público para grafitar locais públicos e dos proprietários ou legítimos possuidores, quando

---

<sup>183</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Recurso Especial n. 951.521/MA*. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira. Publicado em: 03 set. 2012.

<sup>184</sup> DUARTE, Marco Aurélio Mayer; FELINTO, Lucca Petri Tomaz. A tela urbana: a proteção jurídica ao grafite no direito brasileiro e comparado. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO E LITERATURA, 5., 2017, Porto Alegre. *Anais* [...]. Porto Alegre: Rede Brasileira de Direito e Literatura, 2017. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anacidil/article/view/285>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 684

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 684.

local privado<sup>186</sup>, e a exigência de tribunais da assinatura das obras para conferência de proteção<sup>187</sup>, corroboram para a alteração das características naturais dessa arte.

Neste contexto, as decisões aqui referidas não merecem retoque, pois tratam de obras que se enquadrariam perfeitamente em galerias de artes, diferindo das tradicionais somente no que tange a técnica de elaboração (tinta *spray*), aplicando-se, assim, perfeitamente a lógica trazida por ODY. Contudo, merece atenção quando a obra segue a essência do grafite (crítica urbana anônima), pois empregar as mesmas decisões a esses casos é minimizar a problemática envolvida, bem como confundir espaço público com domínio público.

Apesar da fascinante complexidade que envolve essa temática, não há espaço para abordá-la no presente trabalho, frente ao escopo pré-definido de se trabalhar com a proteção audiovisual de jogos eletrônicos.

Cumpre esclarecer que, segundo BRANCO<sup>188</sup>, obras que não possuem originalidade e não são expressadas<sup>189</sup> devem ser consideradas obras em domínio público, classificando-as como aquelas “que jamais gozaram de proteção nos termos da lei”<sup>190</sup>. O doutrinador, ainda, afirma que o rol do artigo 45<sup>191</sup> não pode ser interpretado de forma restritiva em razão de sua total insuficiência.

<sup>186</sup> “Art. 65. [...] § 2º. Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional.” Cf. BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>187</sup> COSTALDELLO, Angela Cassia; CONRADO, Marcelo. Do lado de fora: o espaço do grafite na arte e nos direitos autorais. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PESQUISADORES EM ARTES PLÁSTICAS, 25., 2016, Porto Alegre. *Anais* [...]. Porto Alegre: ANPAP, 2016, p. 664-677. Disponível em: [http://anpa.p.org.br/anais/2016/comites/chtca/angela\\_costaldello-marcelo\\_conrado.pdf](http://anpa.p.org.br/anais/2016/comites/chtca/angela_costaldello-marcelo_conrado.pdf). Acesso em: 20 nov. 2019. p. 672.

<sup>188</sup> BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 216-217.

<sup>189</sup> O doutrinador elenca, ainda, a obra não estética, mas refere em nota de rodapé tratar-se de critério genérico e pouco preciso. Afirma que “a doutrina faz referência a este requisito como critério distintivo para proteger as obras por direitos autorais”, citando BITTAR como referência. Contudo, como visto acima, BITTAR foi o único doutrinador encontrado, dentre os pesquisados nesse trabalho, que faz tal exigência. Ressalta-se que autores como ASCENSÃO, RAMOS, WACHOWICZ e ODY não coadunam com essa tese.

<sup>190</sup> Os demais casos são: (i) criadas antes que houvesse uma lei protegendo direitos autorais; (ii) criadas em países não signatários de tratados internacionais; e (iii) cujo titular decidiu colocar em domínio público.

<sup>191</sup> “Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:  
I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;  
II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.” Cf. BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

Dessa forma, as obras que não cumprirem os elementos abordados nesse capítulo devem ser compreendidas como obras em domínio público.

Após a análise das limitações legais aos Direitos de Autor, percebe-se que duas questões ficaram em aberto: se o rol do artigo 46 é taxativo ou exemplificativo, e como interpretar tais limitações. Para esclarecer essas questões, é necessário permear brevemente o Direito Constitucional.

O parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal (CF) prevê que os direitos e garantias ali expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, ou seja, a contrário senso, os direitos enunciados nos tratados internacionais, dos quais o Brasil faz parte, são direitos constitucionalmente protegidos<sup>192</sup>.

Como é cediço, os tratados internacionais possuem hierarquia infraconstitucional, enquanto que os tratados internacionais de direitos humanos, desde que aprovados conforme previsto no artigo 5º, §3º, CF<sup>193</sup>, possuem hierarquia constitucional. Desde 1977 o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento de que os tratados internacionais de hierarquia infraconstitucional se equiparam às leis federais e, portanto, a lei posterior revoga a anterior no que for incompatível a convivência<sup>194</sup>. O STF entendeu, ainda, no julgamento do HC 72.131-RJ<sup>195</sup>, que inexistente “primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno”.

Considerando que a Convenção de Berna foi incorporada pelo direito brasileiro, primeiramente em 1922 e, em sua versão final e atual, em 1975, tem essa *status* de lei federal, equiparando-se a Lei Federal 9.610 editada em 1998. Há autores, como AVANCINI<sup>196</sup>, que

<sup>192</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>193</sup> “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: [...]”

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. [...]” Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>194</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>195</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus n. 72.131*. Relator: Min. ????. Julgado em: 23 nov. 1995. Publicado em: 01 ago. 2003.

<sup>196</sup> AVANCINI, Helenara Braga. O direito autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais: a limitação do excesso de titularidade por meio do direito da concorrência e do consumidor. Porto Alegre, 2009. 319 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/2384>. Acesso em: 25 jun. 2018. p. 31.

defendem que o Direito Autoral seria um direito humano, conferindo uma hierarquia superior à Lei 9.610/98 à Convenção de Berna (Decreto 75.699/75).

No intuito de evitar polêmicas que não são foco do presente estudo, será adotada a posição dominante de equivalência de hierarquia entre a Lei 9.610/98 e a Convenção de Berna, haja vista ser suficiente para embasar a tese que se passa a defender.

A Convenção de Berna possibilita que os Estados signatários permitam a reprodução de obras sem a necessidade de licenciamento em casos especiais, desde que a reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. Ou seja, para que tais hipóteses de uso sem licenciamento sejam válidas no âmbito internacional, é necessário que cumpram os três requisitos previstos – regra dos três passos, já vista nesse subcapítulo.

Com base no raciocínio desenvolvido pelo STF, a lei 9.610/98 teria revogado a Convenção de Berna (1975) no que fossem incompatíveis. Ocorre que não há incompatibilidade entre a “regra dos três passos” e as limitações previstas na lei 9.610/98, o que há, na realidade, é um caráter de complementariedade. Desse modo, todas as limitações da lei 9.610/98 devem ser lidas sob a ótica da referida regra. ASCENSÃO<sup>197</sup> reconhece uma função de cláusula geral à referida regra e lamenta que esta não recebeu um inciso autônomo e genérico no artigo 46.

Considerando, ainda, que um dos vieses da referida regra, como visto anteriormente, é o econômico, ao interpretar que a reprodução, com fins comerciais, de obras permanentemente situadas em logradouro público, que não seja para divulgação do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico ou paisagístico, não se enquadra na limitação do art. 48 – caso estudado acima –, o Superior Tribunal de Justiça já está aplicando, timidamente, a “regra dos três passos” para interpretação de tais limitações.

Ainda, utilizando a “Interpretação Consistente”, segundo a qual “quando uma norma local permitir diferentes interpretações, esta deverá ser interpretada em consonância com as obrigações internacionais pertinentes à matéria”<sup>198</sup>, fica evidente a utilização da “regra dos três passos” para interpretar as limitações previstas na LDA. Esse é o posicionamento de BASSO:

Sob esta ótica, a Convenção de Berna e o Acordo TRIPS da OMC são os cânones de interpretação e aplicação das limitações aos direitos autorais

---

<sup>197</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Direito de autor e direitos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

<sup>198</sup> BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (three-step-test). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 493-503, jan. /dez. 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67766-89196-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 494.

arroladas no art. 46 e seguintes da LDA. Ou seja, as limitações previstas na LDA devem se conformar aos patamares mínimos de proteção dos direitos autorais fixados pela Convenção de Berna e Acordo TRIPS<sup>199</sup>.

Dessa forma, frente aos argumentos trazidos, as limitações previstas nos artigos 46 a 48 da LDA devem ser interpretadas quando da sua aplicação conforme a “regra dos três passos”, prevista inicialmente na Convenção de Berna e replicada no TRIPS e no Tratado da OMPI sobre Direitos de Autor. Uma interpretação expansiva do rol em comento é inevitável.

A discussão com relação a taxatividade do rol do art. 46 é mais complexa do que o exposto, mas não será aprofundada nessa discussão, que somente abordou aquelas expressamente previstas no referido artigo e aplicáveis aos jogos eletrônicos, em razão de recorte metodológico. É apropriada então a posição defendida por ASCENSÃO e ADOLFO de que se trata de rol exemplificativo, o que não prejudica a análise de apenas determinados incisos do artigo em comento.

Vencidas as propostas do presente capítulo e tendo em vista a intenção de utilizar decisões estadunidenses sobre jogos eletrônicos como referência para o estudo em questão, na sequência serão analisados os pontos nesse capítulo abordados pelo viés do sistema e doutrina estadunidenses.

## 1.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Do exposto no ponto 1.1., no qual se abordou o contexto histórico das legislações brasileiras, depreende-se a inexistência de positivação do requisito de originalidade, mas a exigência legal de expressão e de criação. Foi visto que a Lei n. 496 de 1898 exigia o registro da obra na Biblioteca Nacional o que, por consequência, acarretava na obrigatoriedade de fixação da obra. Em 1912, com a Lei n. 2.577 essa obrigação deixou de ser exigida e o Código Civil de 1916 reconheceu o regime declaratório do registro de obras. Definidas tais informações a partir das leis brasileiras, teve início a análise desses requisitos no subcapítulo 1.2. com a abordagem da originalidade.

Foram apresentadas as ideias dos principais doutrinadores sobre o tema, optando-se pela adoção da tese defendida por ASCENSÃO, que entende originalidade como criação, mas essa criação sempre será dotada de um mínimo de criatividade e de novidade objetiva,

---

<sup>199</sup> BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (three-step-test). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 493-503, jan. /dez. 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67766-89196-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 496.



considerando, ainda, a individualidade como obrigatoriamente contida no mínimo de criatividade. ASCENSÃO filia-se ao mesmo entendimento de DENIS BARBOSA, PEDRO BARBOSA e RAMOS, no sentido de que o mínimo de criatividade é a contribuição social do autor e individualidade equivale a “marca da personalidade do autor”, mas ressalva que não se pode condicionar a concessão da proteção autoral à individualidade.

Em seguida, no ponto 1.3 foi analisada a expressão e fixação das obras, estando apresentada a desnecessidade de fixação das obras no Brasil, com o reconhecimento de proteção a obras como interpretações, naturalmente não fixadas. Foi explicada a definição de expressão da ideia através de casos julgados no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rio de Janeiro e Mato Grosso do Sul, bem como Tribunal Regional da 4ª Região e Superior Tribunal de Justiça. A partir dessas análises foi estabelecido que (i) o direito autoral não protege o conteúdo de obras técnicas e científicas, somente a forma expressada – relatórios, por exemplo; (ii) elementos necessários para concretização de ideias não são protegíveis; (iii) impossibilidade de proteção do formato de um programa; e (iv) possibilidade de proteção de personagens.

Por fim, analisou-se as limitações aos direitos autorais previstas nos artigos 46, 47 e 48, excluindo-se dessa análise as alíneas “b”, “c” e “d”, do inciso I do artigo 46 e incisos IV e VII do mesmo artigo, frente a sua irrelevância para objeto de estudo. Ao analisar tais limitações foram elencadas como mais pertinentes para o estudo proposto as previstas no inciso VIII do artigo 46. Tal artigo trata da reprodução de pequenos trechos de obras de qualquer natureza e da reprodução integral de obras de artes plásticas. Em ambos os casos a reprodução não pode ser o objetivo principal da obra nova, nem prejudicar a exploração normal da obra reproduzida e não causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

Verificou-se que as duas últimas restrições à limitação em comento são oriundas da “regra dos três passos”, originária da Convenção de Berna. Assim, foi definido “exploração normal” como a corriqueira no mercado, de modo que o beneficiado pela limitação não concorra com o autor e “interesse legítimo” como o interesse do autor em razão de uma expectativa criada, seja por previsão legal ou prática de mercado, seja de cunho econômico ou não.

Outra limitação relevante para o estudo é a prevista no artigo 6º, inc. III, da Lei 9.609/98, que prevê a não violação de direitos de autor nos casos em que a semelhança decorrer de características funcionais e, também, quando houver limitação de forma alternativa para a expressão do programa.

Por fim, analisou-se a aplicabilidade da “regra dos três passos” no ordenamento brasileiro, entendendo-se pela sua aplicação como base de interpretação de todas as limitações previstas no artigo 46, 47 e 48 da Lei 9.610.

Com base no que foi trabalhado nesse capítulo, já é possível identificar se um elemento visual de um jogo eletrônico é passível de proteção, bem como, sendo protegível, quando essa proteção pode sofrer alguma limitação. Como o objetivo do trabalho é analisar os elementos visuais no caso *Zynga v. Vostu*, no Brasil e nos Estados Unidos, já se tem as premissas, referentes ao ordenamento brasileiro, das quais será feita a análise.

## 2 PROTEÇÃO AUTORAL NOS ESTADOS UNIDOS

### 2.1 BREVE NARRATIVA DO HISTÓRICO LEGISLATIVO ESTADUNIDENSE PARA DEFINIÇÃO DOS REQUISITOS AUTORAIS

A primeira lei estadunidense sobre Direitos Autorais foi o *Copyright Act* de 1790, um dos primeiros atos do Congresso após a independência das Treze Colônias<sup>200</sup>. A lei conferia proteção a livros, mapas e cartas pelo prazo de 14 (quatorze) anos prorrogáveis por mais 14 (quatorze) anos, exigindo que houvesse o cumprimento de requisitos formais. O primeiro requisito consistia na obrigatoriedade de depositar na Corte Distrital uma cópia do título do trabalho, dispensando o depósito da obra em si; no caso de obras ainda não publicadas, o depósito do título deveria ocorrer antes da sua publicação.

O segundo requisito objetivava dar conhecimento ao público quanto ao registro, portanto, determinava a publicação de cópia do comprovante de depósito junto a Corte Distrital em jornal em até 02 (dois) meses do referido depósito, pelo prazo de 04 (quatro) semanas<sup>201, 202</sup>. Por fim, o terceiro requisito consistia na obrigatoriedade de depósito do trabalho no escritório do Secretário de Estado em até seis meses da publicação no jornal<sup>203</sup>. Para haver a renovação, exigia-se a repetição de todas as formalidades.

As formalidades, característica marcante do sistema estadunidense, constam positivadas desde a primeira Lei de Direitos Autorais, mas essa nada referia, de forma expressa, quanto a originalidade, a fixação e a dicotomia ideia/expressão.

No que concerne ao requisito de fixação, LOREN<sup>204</sup> explica que esse sempre esteve presente nas legis estadunidenses, mesmo que implicitamente, e exemplifica afirmando que as Cortes interpretaram o requisito da publicação como o acesso do público à obra, o que pressupõe sua fixação. Especificamente com relação ao *Copyright Act* de 1790, a mesma autora explana que as modalidades de obras protegíveis (mapas, cartas e livros) pressupunham a

---

<sup>200</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. *Intellectual property in the new technological age: copyright, trademarks and state IP protections*. USA: Clause 8 Publishing, 2016, v. 2. p. IV-6.

<sup>201</sup> Em 1802 foi feito um adendo ao *Copyright Act* determinando que uma cópia da publicação em jornal deveria constar na página do título ou na página imediatamente após, de cada livro publicado.

<sup>202</sup> UNITED STATES OF AMERICA. *Copyright Act of 1790*. Section 3. *Online*. Disponível em: <https://www.copyright.gov/about/1790-copyright-act.html>. Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>203</sup> COHEN, Julie E.; LOREN, Lydia Pallas; OKEDIJI, Ruth; O'ROURKE, Maureen A. *Copyright in a global information economy*. Nova York: Aspen, 2010. p. 146.

<sup>204</sup> LOREN, Lydia Pallas. Fixation as a notice in copyright law. *Boston University Law Review*, v. 96, p. 939-966, 2016. Disponível em: <http://www.bu.edu/bulawreview/archives/volume-96-number-3-may-2016/>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 940.

fixação. Portanto, havia a exigência implícita da fixação, sendo que esse requisito só foi positivado pelo *Copyright Act* de 1976<sup>205</sup>.

Em 1831 foi feita a primeira revisão do *Copyright Act*, cuja principal alteração referia-se ao prazo de duração da proteção dos Direitos de Autor, que passou a ser de 28 (vinte e oito) anos renováveis por mais 14 (quatorze) anos. Nessa revisão foi incluída na proteção obras musicais. O requisito de publicação do comprovante de depósito perante a Corte Distrital foi restringindo para somente no momento de renovação<sup>206</sup>, quando fosse o caso. Ainda, o privilégio de renovação foi estendido à viúva ou aos filhos do autor, em caso de falecido deste.

Em 1865 foi estendida a proteção de Direitos de Autor às fotografias e seus negativos. Somente com a Revisão de 1870 se estendeu a proteção a pinturas, desenhos, esculturas, modelos ou desenhos de trabalhos de belas artes e conferiu-se ao autor o direito de dramatizar e traduzir seus próprios trabalhos<sup>207</sup>. O depósito e registro das obras passou a ser de competência da Biblioteca do Congresso<sup>208</sup>.

Em que pese o requisito originalidade só tenha sido positivado pela primeira vez no *Copyright Act* de 1976, o primeiro caso a discutir originalidade foi o *Blunt v. Patten*, em 1828, trazendo uma análise que seria utilizada durante todo o século XIX<sup>209</sup>. O século XX foi marcado pela aplicação da interpretação de originalidade obtida no caso *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, e o século XXI pela interpretação no caso *Feist*, julgados em 1903 e 1991, respectivamente, pela Suprema Corte estadunidense, conforme será visto no subcapítulo seguinte<sup>210</sup>.

No mesmo sentido foi a dicotomia ideia/expressão, cujo caso apontado como *leading case* dessa distinção foi *Baker v. Selden*, julgado pela Suprema Corte estadunidense em

<sup>205</sup> É importante notar que o requisito de fixação é exigido para a conferência de proteção pelo *Federal Copyright Law*, mas alguns Estados, como a Califórnia, conferem proteção a obras não fixadas com base em lei Estadual.

<sup>206</sup> RUDD, Benjamin W. *Notable dates in American copyright: 1783-1969*. Disponível em: <https://www.copyright.gov/history/dates.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 138.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>209</sup> BRAUNEIS, Robert. The transformation of originality in the progressive-era debate over copyright in news. *Public Law and Legal Theory Working Papers*, n. 463; *Legal Studies Research Papers*, n. 463, 2009. p. 05.

<sup>210</sup> ABRAMS, Howard B. Originality and creativity in copyright law. *Law and Contemporary Problems*, v. 55, n. 2, p. 3-44, 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol55/iss2/2/>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 05-07.

1879<sup>211</sup>, enquanto a sua positivação ocorreu somente com o *Copyright Act* de 1909<sup>212</sup>. A criação e o desenvolvimento dessa dicotomia também serão vistos nos subcapítulos que se seguirem.

Em que pese os EUA só terem ratificado a Convenção de Berna em 1988, a partir da revisão do *Copyright Act* de 1909 houve uma crescente redução das formalidades exigidas, bem como a adoção de determinados princípios previstos na referida Convenção. O *Copyright Act* de 1909 previu expressamente, pela primeira vez, a proteção de trabalhos criados por estrangeiros, desde que estes fossem domiciliados nos Estados Unidos quando ocorresse a primeira publicação da obra ou que o país natal do estrangeiro adotasse a reciprocidade na proteção de obras intelectuais.

Como se consegue perceber do já exposto e será reafirmado adiante, as formalidades que são abordadas pelas leis estadunidenses, podem ser divididas em (i) *notice*; (ii) publicação; (iii) registro; e (iv) depósito<sup>213</sup>.

Com a revisão em comento o requisito da (ii) publicação do comprovante de depósito perante a Biblioteca Nacional em jornal deixou de existir totalmente, sendo substituído, em obras literárias, musicais ou dramáticas, desde que impressas, pela (i) aposição do termo “Copyright” ou “corp. “ acrescido do nome do proprietário dos Direitos de Autor e do ano de (iii) registro da obra perante o *Copyright Office*<sup>214</sup> ou, quando se tratar das demais obras<sup>215</sup>, a (i) aposição do símbolo “©”, acompanhado de um sinal identificador do proprietário (sec.18).

Em ambos os casos o termo ou símbolo deve constar na página do título da obra ou na imediatamente seguinte (sec.19); requisito que ficou conhecido como o “*notice requirement*” ou “*notice copyright*”. Outra formalidade exigida pelo *Copyright Act* de 1909 foi o (iv) depósito de duas cópias completas da melhor edição da obra perante o *Copyright Office* (sec.12), sob pena de impossibilidade de ajuizar ação por violação de Direitos de Autor.

Em 1976 foi promulgada a lei atualmente em vigor, o *Copyright Act* de 1976, alterado após a ratificação da Convenção de Berna, em 1989. Conforme referido acima, essa legislação foi responsável por positivar o requisito da originalidade e da fixação.

<sup>211</sup> COHEN, Julie E.; LOREN, Lydia Pallas; OKEDIJI, Ruth; O’ROURKE, Maureen A. *Copyright in a global information economy*. Nova York: Aspen, 2010. p. 82.

<sup>212</sup> JONES, Richard H. The myth of the idea/expression dichotomy in copyright law. *Pace Law Review*, v. 10, i. 3, p. 551-607, Summer 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.pace.edu/plr/vol10/iss3/1/>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 556-557.

<sup>213</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. *Intellectual property in the new technological age: copyright, trademarks and state IP protections*. USA: Clause 8 Publishing, 2016, v. 2, p. 32-38.

<sup>214</sup> O requisito “registro” não é necessário para obter proteção por Direitos Autorais, mas é necessário para a renovação do período de proteção e para ajuizar uma ação por infração.

<sup>215</sup> São elas: mapas, desenhos de arte como modelos ou designs e suas reproduções, desenhos científicos e técnicos, fotografias e pinturas e ilustrações pictóricas.

No *Copyright Act* de 1976 foi mantido o *notice requirement*, mas o local e forma para manifestação dessa formalidade deixaram de ser exigidas. A ausência dessa formalidade não incorria mais na perda do direito autoral, desde que a ausência fosse inadvertida e o autor registrasse o trabalho em até 05 anos após a publicação e tenha feito esforços razoáveis para cumprir a formalidade depois que a omissão fosse detectada<sup>216</sup>. Após a ratificação da Convenção de Berna e a promulgação do *The Berne Convention Implementation Act*, de 1988, o *notice requirement* foi extinto prospectivamente, portanto a referida formalidade era exigida às obras pretéritas a 1988, nos termos já previstos<sup>217, 218</sup>.

A publicação do comprovante de depósito perante a Biblioteca Nacional, antes do *Bern Convention Implementation Act*, servia para indicar quando era necessário o *notice* e em quais termos, pois as regras sobre essa formalidade variavam de acordo com o ano da publicação. Conforme visto, a ausência do *notice* acarretava a perda do direito autoral. Portanto, após a Convenção de Berna, com a extinção desse requisito, a publicação deixou de ser relevante, mesmo que indiretamente, para determinar a validade do Direito de Autor. Entretanto, possui utilidade para outras questões, como por exemplo: somente obras publicadas devem ser depositadas na Biblioteca do Congresso, somente os trabalhos publicados de estrangeiros possuem regramento específico, entre outros<sup>219</sup>.

Como adiantado no parágrafo anterior, o depósito de dois exemplares na Biblioteca do Congresso continua sendo uma exigência, mas sem interferência na validade dos Direitos de Autor. Contudo, a sua ausência gera multa e impede a conclusão do processo de registro<sup>220</sup>, cuja inexistência, por sua vez, impede o ajuizamento de ações requerendo indenização por violação de Direitos de Autor<sup>221</sup>.

Ainda, a existência do registro faz presumir a validade do Direito Autor e se o registro for feito antes da violação o autor pode receber *statutory damages*<sup>222</sup> e honorários advocatícios gastos com o processo<sup>223</sup>. Com o advento da Convenção de Berna essa formalidade

<sup>216</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. *Intellectual property in the new technological age: copyright, trademarks and state IP protections*. USA: Clause 8 Publishing, 2016, v. 2. p. IV-33.

<sup>217</sup> *Ibidem*.

<sup>218</sup> É interessante notar que era aceita a defesa por “cópia inocente” por supostos infratores que infringissem Direitos Autorais de obras sem o *notice*.

<sup>219</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. , *op. cit.*, p. IV-35.

<sup>220</sup> O registro de obras perante o *Copyright Office* é “facultativo” para conferência de proteção, mas sua ausência impossibilita o autor de ingressar com ação por violação

<sup>221</sup> COHEN, Julie E.; LOREN, Lydia Pallas; OKEDIJI, Ruth; O’ROURKE, Maureen A. *Copyright in a global information economy*. Nova York: Aspen, 2010. p. 154

<sup>222</sup> *Statutory Damage* é a indenização fixada pela lei, diferentemente do *Actual Damages*, que deve ser provado pela parte no processo.

<sup>223</sup> COHEN, Julie E.; LOREN, Lydia Pallas; OKEDIJI, Ruth; O’ROURKE, Maureen A., *op. cit.*, p. 154.

deixou de ser exigida de autores de outros países signatários da Convenção, mas permaneceu em vigor para os autores estadunidenses e de países não membros da Convenção.

Apresentada a evolução legislativa que originou os atuais requisitos autorais e frente a necessária análise mais aprofundada desses institutos para compreensão da proteção dispendida aos jogos eletrônicos, passa-se a estudá-los.

## 2.2 REQUISITOS DO DIREITO AUTORAL: ORIGINALIDADE

A primeira e única Constituição estadunidense (1787) previu, em sua seção 8, a possibilidade de o Congresso editar leis para promover o progresso da ciência e das artes aplicadas (*useful arts*), por intermédio da concessão de direito exclusivo, por um período limitado de tempo, a autores e inventores sobre suas escritas e descobertas<sup>224</sup>. Com base nessa seção o Congresso aprovou o primeiro *Copyright Act*, de 1790, que nada referia acerca de originalidade e criatividade, como visto anteriormente, deixando para análise dos Tribunais. Assim, no sec. XVIII, o *copyright* era visto como ferramenta para promover o aprendizado ou “as ciências e artes úteis”, sendo muito utilizado para proteger livros didáticos e dicionários<sup>225</sup>.

Em 1828, no julgamento do caso *Blunt v. Patten* foi definido que originalidade seria uma questão de criação independente e que o Direito de Autor protegeria o produto do “trabalho e da habilidade”<sup>226</sup>. No caso, Edmund Blunt alegava violação de direitos autorais por Richard Patten sobre um mapa náutico da costa noroeste dos Estados Unidos. De forma implícita, a Suprema Corte consagrou o uso da teoria “*sweat of the brow*” para reconhecimento de proteção sobre as obras estadunidenses<sup>227</sup>. Esse entendimento vigorou durante todo o século XIX.

Em 1876, já sob o regramento da alteração de 1870 ao *Copyright Act*, com base no referido permissivo constitucional, o Congresso editou uma Lei Federal sobre Marcas, que no julgamento do *Trade-Mark Cases* (1879) foi declarada inconstitucional. No fundamento dessa decisão foi feita uma separação entre Direitos de Autor e marcas<sup>228</sup>, momento em que foi dado

---

<sup>224</sup> To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries;

<sup>225</sup> BRACHA, Oren. The ideology of authorship revisited: authors, markets, and liberal values in early American copyright. *Yale Law Journal*, v. 118, p. 186-271, 2008. p. 209.

<sup>226</sup> BRAUNEIS, Robert. The transformation of originality in the progressive-era debate over copyright in news. *Public Law and Legal Theory Working Papers*, n. 463; *Legal Studies Research Papers*, n. 463, 2009. p. 05-06.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 06.

<sup>228</sup> “While the word writings may be liberally construed, as it has been, to include *original* designs for engravings, prints, &c., it is only such as are *original*, and are founded in the creative powers of the mind. The writings which are to be protected are the fruits of *intellectual labor*, embodied in the form of books, prints, engravings, and the like.” Cf. *Trademark Cases*, 100 U.S. 82 (1879)

início a uma teoria “do autor e da escrita” com a declaração de dois requisitos: originalidade e trabalho intelectual, os quais não foram definidos na decisão<sup>229</sup>, somente referidos. No mesmo sentido, HMMAD<sup>230</sup> afirma que nessa decisão é possível identificar a necessidade de intervenção de esforço mental e autoria pessoal na criação dos trabalhos.

BUCCAFUSCO explica que nesse período, se o trabalho do autor fosse um livro ou outro objeto de Direito de Autor<sup>231</sup> (*copyrightable subject matter*) e fosse original era normalmente considerado protegível. Ou seja, havia um baixo grau de exigência.

Em 1879, a Suprema Corte diferenciou Direitos de Autor de patentes, no caso *Baker v. Selden*. Na ocasião a Corte teve que decidir em que extensão os Direitos de Autor do livro davam direitos exclusivos ao autor sobre o sistema descrito no livro. Foi, então, feita uma diferenciação entre Direitos de Autor e patentes: enquanto Direitos de Autor referem-se a “descrição” e “prazer”<sup>232</sup>, patentes referem-se aplicação e uso. Nesse caso, a Suprema Corte trouxe, pela primeira vez, a separação entre ideia e expressão, que será tratado no subcapítulo seguinte.

Em 1884, no caso *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, reforçando a ideia de produção intelectual, o juiz Miller afirmou que em um processo de Direitos de Autor é muito mais importante que se comprove a “originalidade, a produção intelectual, o pensamento e a concepção por parte do autor”<sup>233</sup> do que em um processo sobre patentes. Ante o já exposto percebe-se uma certa alteração do entendimento que protegia o trabalho e a habilidade, iniciando o entendimento de valorização da personalidade dos autores e seus esforços mentais<sup>234</sup>, como no caso “o pensamento e a concepção por parte do autor”.

Mas foi em 1903, com o julgamento do caso *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co. (Bleistein)* que uma nova definição de originalidade foi construída, bem como foi desenvolvido o *Bleistein nondiscrimination principle*. Essa nova definição de originalidade

<sup>229</sup> BUCCAFUSCO, Christopher. A theory of copyright authorshi p. *Virginia Law Review Association*, v. 102, p. 1229-1295, 2016. p. 1238-1239.

<sup>230</sup> HAMMAD, Hayssam Mohammed Saber Abdallah. *Ownership and authorship in copyright law: a proposal to re-categorise works and a digital implementation*. Exeter, 2015. 343 f. Tese (Doutorado em Direito) – University of Exeter, Exeter, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/86e1/5ec87a07f46dead2a8e0e6d7f330ab5bc13a.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019. p. 52.

<sup>231</sup> Segundo o *Copyright Act* da época, com a aludida alteração, os objetos de proteção era: cartas, livros, mapas, músicas, fotografias, pinturas, desenhos, esculturas, modelos ou desenhos de trabalhos de belas artes, conforme indicado no subcapítulo anterior.

<sup>232</sup> Termos empregados pelo autor BUCCAFUSCO, Christopher. A theory of copyright authorship. *Virginia Law Review Association*, v. 102, p. 1229-1295, 2016. p. 1240.

<sup>233</sup> *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884)

<sup>234</sup> HAMMAD, *op. cit.*, p. 52.



vigorou até 1991, quando foi julgado o caso *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co. (Feist)*.

No caso *Bleistein*, George Bleistein ingressou com ação alegando violação de Direitos de Autor sobre três cartazes de propaganda do circo *The Great Wallace Shows*<sup>235</sup>. Considerando que a Constituição Federal prevê a concessão do direito exclusivo para a promoção do progresso da ciência e das artes aplicadas, um dos argumentos trazidos por *Donaldson* foi que a Constituição permitia que o Congresso conferisse proteção somente a trabalhos “de ciência e de artes aplicadas” e que então, as artes plásticas (*fine art*), para serem protegíveis pela legislação vigente, devem ser de ciência ou artes plásticas aplicadas<sup>236</sup>.

Outro argumento foi o de que a lei protege ilustrações pictóricas ou trabalhos relacionados as artes plásticas,<sup>237</sup> o que não seria o caso, por se tratar de uma propaganda. Portanto, além do requisito da originalidade, o caso permitiu a discussão do enquadramento da propaganda como *progresso estético* e a necessidade de uma não valoração estética (mérito) da obra.

Segundo o voto do relator juiz Holmes, para cumprir o requisito da originalidade, a obra deveria (i) não ser cópia de outra de outro autor, e (ii) conter a personalidade do autor; enquanto para cumprir o requisito do progresso<sup>238</sup> a obra deveria conter valor econômico<sup>239</sup>. BEEBE<sup>240</sup> explica que as cortes entenderam essa decisão como se os requisitos para originalidade fossem (i) não ser cópia de outra de outro autor e (ii) conter valor econômico, ignorando o elemento “personalidade” trazido na decisão.

O trecho da decisão que ficou conhecido por tratar da originalidade é o que segue:

A cópia é a reação pessoal de um indivíduo sobre a natureza. A personalidade sempre contém algo único. Ele expressa sua singularidade, mesmo na caligrafia, e uma quantidade muito modesta de arte tem em si algo irredutível, que é o que há de único no homem<sup>241</sup>.

<sup>235</sup> BEEBE, Barton. Bleistein, the problem of aesthetic progress, and the making of American copyright law. *Columbia Law Review*, v. 319, p. 319-398, Apr. 2017. p. 348.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 349.

<sup>237</sup> “Pictorial illustrations or works connected with the fine art”.

<sup>238</sup> Esse requisito perdeu força ao longo da história e não é mais exigido atualmente.

<sup>239</sup> BEEBE, *op. cit.*, p. 378.

<sup>240</sup> BEEBE, *op. cit.*, p. 378.

<sup>241</sup> “The copy is the personal reaction of an individual upon nature. Personality always contains something unique. It expresses its singularity even in handwriting, and a very modest grade of art has in it something irreducible, which is one man’s alone.” Cf. BEEBE, *op. cit.*, p. 366.

BRACHA<sup>242</sup> entende esse raciocínio de Holmes como um paradoxo. Segundo BRACHA o *copyright* estadunidense glorifica a originalidade, adotando a concepção romântica de autor – autor como gênio – o que traz uma conotação de que poucas pessoas possuem esse dom, logo, deveria ser mais difícil atingir a originalidade, mas ao mesmo tempo o juiz descreve originalidade como um lugar comum e facilmente alcançado.

BEEBE<sup>243</sup> explica que a concepção romântica de autor estadunidense é diferente da comumente empregada – autor como gênio, logo, poucas pessoas são autores – pois defende a ideia de que todo ser humano possui algo divino e que esse “divino” é o fundamento da originalidade. Assim, todo ser humano é dotado desse “gênio”, podendo toda pessoa comum ser autor, é nesse sentido que Holmes afirma que até mesmo uma caligrafia é dotada de originalidade.

Percebe-se, aqui, que a singularidade é apresentada como expressão da personalidade do autor e, ao mesmo tempo, como fundamento da originalidade. Nessa linha de raciocínio, é possível afirmar que a originalidade, para Holmes, é a expressão da personalidade do autor.

Contudo, não foi essa a interpretação feita pelas Cortes estadunidenses. Como leciona BEEBE<sup>244</sup> as Cortes exigiam somente que as obras tivessem valor comercial e não fossem copiadas, o que sedimentou o entendimento de que pouca originalidade é suficiente para haver proteção de uma obra nos Estados Unidos da América.

Apesar de se respeitar a análise feita pelo doutrinador supracitado, não se pode concordar com ela. Pois, por mais que Holmes tenha trazido o elemento personalidade para dentro do conceito de originalidade, o próprio julgador explica que qualquer manifestação de uma pessoa possui a expressão de sua personalidade. Acresça-se ao exposto o fato de Holmes nada ter referido quanto a criatividade. Assim, compreende-se correta a interpretação feita pelas Cortes estadunidenses, pois ao decidir dessa forma, Holmes não exigiu sequer um mínimo de criatividade, baixando o nível de exigência de originalidade.

Outro ponto da decisão que se tornou extremamente emblemático, foi o chamado *Bleistein nondiscrimination principle*, também conhecido como “princípio da neutralidade estética”. O trecho da decisão que gerou esse princípio segue abaixo:

---

<sup>242</sup> BRACHA, Oren. The ideology of authorship revisited: authors, markets, and liberal values in early American copyright. *Yale Law Journal*, v. 118, p. 186-271, 2008. p. 200-201.

<sup>243</sup> BEEBE, Barton. Bleistein, the problem of aesthetic progress, and the making of American copyright law. *Columbia Law Review*, v. 319, p. 319-398, Apr. 2017. p. 360, 367-370.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 378.

Seria uma tarefa perigosa para as pessoas treinadas apenas para a lei constituírem elas próprias juízes finais do valor das ilustrações, fora dos limites mais estreitos e óbvios. No extremo, algumas obras de gênio certamente seriam desapreciadas. (...) No outro extremo, os direitos autorais seriam negados às imagens que atraíssem um público menos instruído que o juiz. No entanto, se eles comandam o interesse de qualquer público, têm valor comercial - seria ousado dizer que não têm um valor estético e educacional - e o gosto de qualquer público não deve ser tratado com desprezo.<sup>245</sup>

Ao abordar a necessidade de neutralidade estética ou não apreciação do mérito pelos juízes, *Justice Holmes* acaba defendendo um julgamento pelo mercado, na medida em que apresenta uma ideia de que se houver valor comercial haverá valor estético ou educacional. O julgador utiliza esse raciocínio para defender que as artes plásticas têm o valor estético ou educacional exigido pelo requisito do progresso, raciocínio que explica a afirmação feita por BEEBE e apresentada anteriormente<sup>246</sup>.

Dessa forma, Holmes separou a base do Direito Autoral do seu propósito, adotando como base a máxima “se personalidade, então direito de propriedade” e como propósito a “se valor econômico, então progresso”<sup>247</sup>. Com a interpretação que se seguiu a partir dessa decisão<sup>248</sup>, que ignorou a construção sobre a personalidade do autor, o fundamento do Direito de Autor tornou-se o valor econômico e a originalidade, conseqüentemente, foi reduzida a não cópia dotada de valor econômico.

Foi nesse contexto de um nível baixo de originalidade que, em 1921, a *Court of Appeal of the Second Circuit* criou a doutrina “*Industrious collection*” ou “*sweat of the brow*”, ao decidir o caso *Jeweler’s Circular Publishing Co. v. Keystone Publishing Co*<sup>249</sup>. Segundo essa decisão, uma pessoa que liste o número das casas de uma rua, com o nome dos seus habitantes e suas profissões elaborou “através do seu trabalho uma composição meritória”<sup>250</sup>.

<sup>245</sup> “It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits. At the one extreme, some works of genius would be sure to miss appreciation. (...) At the other end, copyright would be denied to pictures which appealed to a public less educated than the judge. Yet if they command the interest of any public, they have a commercial value -- it would be bold to say that they have not an aesthetic and educational value -- and the taste of any public is not to be treated with contempt.” Cf. *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239 (1903).

<sup>246</sup> “para cumprir o requisito do progresso a obra deve conter valor econômico”.

<sup>247</sup> BEEBE, Barton. *Bleistein, the problem of aesthetic progress, and the making of American copyright law.* *Columbia Law Review*, v. 319, p. 319-398, Apr. 2017. p. 375.

<sup>248</sup> *Vitaphone Cor p. v. Hutchinson Amusement Co.* (1939); *Stuff v. La Budde Feed & Grain Co.* (1941).

<sup>249</sup> LEWIS JR., Gerard J. Copyright protection for purely factual compilations under *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*: how does *Feist* protect electronic data bases of facts? *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 8, i. 1, art. 6, 1992. p. 382.

<sup>250</sup> STANDLER, Ronald B. *Copyright protection for nonfiction of compilations of facts in the USA.* Disponível em: <http://www.rbs2.com/cfact.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2019. p. 67.

Essa doutrina se desenvolveu e ficou conhecida como aquela que dispensa a criatividade como elemento da originalidade para concessão dos Direitos de Autor, entendendo que o trabalho e a indústria podem ser suficientes para preenchimento desse requisito e, conseqüente, concessão de tais direitos<sup>251</sup>. Essa doutrina trata o direito de autor como uma recompensa pelo “trabalho duro” que é o caso da compilação de fatos<sup>252</sup>, por exemplo. Contudo, a sua aplicação sempre foi restrita às compilações, fazendo uma diferenciação dos demais objetos de Direitos de Autor<sup>253</sup>.

Ao longo do séc. XX, com a baixa exigência quanto a originalidade da obra, o escopo de proteção dos Direitos de Autor ampliou-se e houve o ingresso na discussão – que permanece até hoje – da proteção de objetos úteis dotados de certo caráter estético<sup>254</sup>. O caso emblemático quanto a essa temática foi o *Mazer v. Stein* (1954), no qual a Suprema Corte decidiu acerca da possibilidade de proteção autoral de uma estátua que, posteriormente, foi transformada em um abajur<sup>255</sup>. Na ocasião a Suprema Corte entendeu que os aspectos originais de um design podem ser protegidos por direito autoral.

No final da década de 1980, já demonstrando a sua inclinação pela *creative selection doctrine*, o *Copyright Office* negou o registro do jogo *Breakout*, de autoria da *Atari*, como obra protegível por Direitos de Autor, por “criatividade insuficiente”<sup>256</sup>. O jogo consistia de uma partida de ping-pong onde o jogador usava uma raquete para bater na bola em direção a uma parede de tijolos, em que cada colisão retirava um tijolo da parede<sup>257</sup>.

A *Atari* apelou da decisão sobre o registro em *Atari Games v. Oman*<sup>258</sup> (1988), tendo o seu pedido negado em primeiro grau, e concedido em segundo grau, sob julgamento da *Justice Ginsburg*<sup>259</sup>, que determinou a apreciação, pelo *Copyright Office*, do jogo como obra audiovisual. Mesmo sob esse olhar, o *Copyright Office* indeferiu o registro, por ausência de originalidade (leia-se criatividade) na seleção e agrupamento das imagens e seus componentes.

<sup>251</sup> PONTES, Leonardo Machado. *Direito de autor: a teoria da dicotomia entre a ideia e a expressão*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 52.

<sup>252</sup> *Feist Pubs., Inc. v. Rural Tel. Svc. Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/#tab-opinion-1958569>. Acesso em: 21 jul. 2019.

<sup>253</sup> STANDLER, Ronald B. *Copyright protection for nonfiction of compilations of facts in the USA*. Disponível em: <http://www.rbs2.com/cfact.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2019. p. 70.

<sup>254</sup> BUCCAFUSCO, Christopher. A theory of copyright authorshi p. *Virginia Law Review Association*, v. 102, p. 1229-1295, 2016. p. 1242.

<sup>255</sup> *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/201/> Acesso em: 13 dez. 2019.

<sup>256</sup> LASTOWKA, Greg. *Copyright law and video games: a brief history of an interactive medium*. 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2321424>. Acesso em: 24 jul. 2019. p. 09.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 09.

<sup>258</sup> Ralph Oman era o *Register of Copyright* da época.

<sup>259</sup> Pela *Justice Ruth Bader Ginsburg*, na *Federal Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*.

Encerrando o século XX foi a julgamento o caso *Feist Publications v. Rural Telephone Service* (1991), que alterou a definição de originalidade. Os moradores do Noroeste de Kansas entravam em contato com a *Rural Telephone Service* para obter um número de telefone; *Rural* lhes designava um número e o colocava, juntamente com o nome do proprietário, em uma lista telefônica. Essa lista era composta de páginas brancas, em que ficavam tais informações, e páginas amarelas, onde ficavam propagandas comerciais.

*Feist Publications* em contrapartida, não era uma empresa de telefonia, mas publicava uma lista telefônica que cobria 11 (onze) áreas de serviço telefônico. *Feist* pagou pelo uso dos dados das listas telefônicas das empresas telefônicas dessas 11 áreas e tentou fazer o mesmo com *Rural*, que se negou.

Assim, *Feist* utilizou-se da lista elaborada por *Rural* sem sua autorização, conferindo a maioria dos números e acrescentando o endereço residencial da pessoa. Contudo, *Rural* incluiu informações fictícias em sua lista com o objetivo de detectar cópias<sup>260</sup>.

A ação foi ajuizada por *Rural* e tinha como principais argumentos a impossibilidade de proteção autoral de fatos e, por outro lado, a possibilidade de proteção autoral da compilação<sup>261</sup> desses fatos. Segundo LAMLEY<sup>262</sup> et. al., para haver violação de Direitos de Autor deve haver a comprovação da propriedade de um Direito de Autor válido e a cópia deve recair sobre os “elementos constitutivos do trabalho que são originais”. Quanto ao caso, especificamente, o autor questionou se a cópia dos nomes, cidades e números de telefones por *Feist* seria cópia de elementos constitutivos originais<sup>263</sup>.

A Corte distrital julgou antecipadamente<sup>264</sup> o caso reconhecendo a violação de Direitos de Autor, a *Tenth Circuit Court of Appeals* confirmou a decisão, mas a Suprema Corte a reverteu.

Durante o julgamento a Suprema Corte ponderou que fatos não são protegíveis e que 100 (cem) fatos não se tornam protegidos só por estarem em um mesmo local. Explicou que os fatos são descobertos e, não, criados, por isso não são um “ato de autoria”. Portanto, somente se a seleção e o arranjo dos fatos for dotada de criatividade<sup>265</sup>, sendo, portanto, original,

<sup>260</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. *Intellectual property in the new technological age: copyright, trademarks and state IP protections*. USA: Clause 8 Publishing, 2016, v. 2. p. IV-17

<sup>261</sup> A compilação consta expressamente no *Copyright Act* de 1976, §103.

<sup>262</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. , *op. cit.*, p. IV-19.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. IV-19.

<sup>264</sup> *Summary judgment*: julgamento antecipado da lide. Cf. SUMMARY JUDGMENT. In: MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>265</sup> GERVAIS, Daniel J. Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, v. 49, p. 949-981, Summer 2002. p. 962.

é que esses elementos, exclusivamente, terão proteção; não se estendendo esta aos fatos em si. Ressaltou que o objetivo primário dos Direitos de Autor não é recompensar o trabalho do autor, mas “promover o progresso da ciência e das artes úteis”.

No que se refere a originalidade, a Corte assim afirmou:

Original, como o termo é usado em direitos autorais, significa apenas que a obra foi criada de forma independente pelo autor (em oposição a cópia de outras obras) e que possui pelo menos algum grau mínimo de criatividade. Certamente, o nível necessário de criatividade é extremamente baixo; até uma pequena quantidade será suficiente. A grande maioria dos trabalhos torna o nível bastante acessível, pois possui alguma centelha criativa, “por mais grosseiro, humilde ou óbvio” que possa ser. [...] É igualmente verdade, no entanto, que a seleção e o arranjo dos fatos não podem ser tão mecânicos ou rotineiros que não exijam nenhuma criatividade. O padrão de originalidade é baixo, mas existe [...].<sup>266</sup>

Assim, a Suprema Corte firmou entendimento no sentido de que a originalidade é a não cópia (criação independente do autor), dotada de um grau mínimo de criatividade, no intuito de que a obra não resulte de uma atividade mecânica. Contudo, fixou esse mínimo em um nível extremamente baixo, pois afirmou que por mais que o trabalho seja “grosseiro, humilde ou óbvio” terá uma “centelha criativa”.

Essa decisão tornou-se emblemática pois as cortes de apelação encontravam-se divididas entre a aplicação da “*sweat of the brow doctrine*” ou da “*creative selection doctrine*”, discutindo indiretamente a justificativa dos Direitos de Autor. Nesse sentido, ou se considerava os Direitos de Autor um incentivo/recompensa pelo esforço ou investimento feito e, por consequência, aplica-se a “*sweat of the brow doctrine*” ou se considerava um incentivo/recompensa por se acrescentar mais trabalhos criativos aos disponíveis ao público e, consequentemente, aplica-se a “*creative selection doctrine*”<sup>267</sup> “<sup>268</sup>”.

<sup>266</sup> “Original, as the term is used in copyright, means only that the work was independently created by the author (as opposed to copied from other works), and that it possesses at least some minimal degree of creativity. To be sure, the requisite level of creativity is extremely low; even a slight amount will suffice. The vast majority of works make the grade quite easily, as they possess some creative spark, ‘no matter how crude, humble or obvious’ it might be. [...] It is equally true, however, that the selection and arrangement of facts cannot be so mechanical or routine as to require no creativity whatsoever. The standard of originality is low, but it does exist [...]” Cf. *Feist Pubs., Inc. v. Rural Tel. Svc. Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>267</sup> A *creativity doctrine* exige que haja um *quantum* de criatividade, mesmo que esse *quantum* seja mínimo, para a obra ser protegível por Direitos de Autor. Cf. PONTES, Leonardo Machado. *Direito de autor: a teoria da dicotomia entre a ideia e a expressão*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

<sup>268</sup> GERVAIS, Daniel J. Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, v. 49, p. 949-981, Summer 2002. p. 953.

Ainda, a Corte se preocupou em refutar expressamente e veementemente a adoção da “*sweat of the brow doctrine*” ou “*industrious collection doctrine*”, afirmando que esta viola uma das premissas básicas do direito autoral (não se protege ideias ou fatos) ao conferir proteção a fatos<sup>269</sup>.

Ao refutar reiteradamente a teoria supramencionada e ao exigir um mínimo nível de criatividade, alinhando-se com os termos da Convenção de Berna e do TRIPS, que exigem uma “criação intelectual”<sup>270</sup>, a Corte adotou a teoria da “*creative selection*”<sup>271</sup>. Reconheceu, ainda, expressamente, que o objetivo primário do direito autoral é promover o progresso das ciências e das artes aplicadas<sup>272</sup>.

A Suprema Corte afastou a adoção da “*sweat of the brow doctrine*”, adotando a “*creative selection doctrine*”, exigindo, portanto, a expressão de um mínimo grau de criatividade para que qualquer obra possa ser protegível por Direitos de Autor. Contudo, como visto anteriormente, entendeu que esse mínimo está presente em trabalhos “grosseiros, humildes ou óbvios”.

GERVAIS<sup>273</sup> explica que mesmo com a exigência de um mínimo de criatividade, os titulares de bancos de dados têm recebido proteção por Direitos de Autor pelos tribunais e, que, aqueles que não receberem essa proteção, podem ser protegidos por outros institutos de direito comercial. Afirmou também que *Feist* colocou o autor no centro das discussões sobre direito autoral, mas que ao retirar a “*sweat of the brow doctrine*” das discussões, a Corte reforçou que o beneficiário principal do direito autoral é o público e não o autor.

SHIPLEY<sup>274</sup>, ao analisar os principais casos pós-*Feist* concluiu que listas de informações podem ser protegíveis se forem divididas em categorias e apresentadas de forma que evidencie criatividade, assim como qualquer seleção que evidencie o exercício de julgamento feito pelo autor. E, indicou que seleções feitas por outras pessoas que não o autor, muitas vezes por mando/encomenda, não possuem criatividade.

Há quem discorde da decisão em *Feist* e defenda a aplicação da “*sweat of the brow doctrine*” para obras de pesquisa em matemática, ciência, engenharia, livros técnicos,

<sup>269</sup> GERVAIS, Daniel J. *Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law. Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, v. 49, p. 949-981, Summer 2002. p. 955.

<sup>270</sup> SHIPLEY, David E. *Thin but not anorexic: copyright protection for compilations and other fact works. Journal of Intellectual Property Law*, v. 15, n. 1, 2007. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1076789](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1076789). Acesso em: 20 nov. 2019. p. 95.

<sup>271</sup> GERVAIS, *op. cit.*, p. 952.

<sup>272</sup> *Feist Pubs., Inc. v. Rural Tel. Svc. Co., Inc.*, 499 U.S. 340 (1991). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>273</sup> GERVAIS, *op. cit.*, p. 955.

<sup>274</sup> SHIPLEY, *op. cit.*, p. 96.

comentários à lei e bases de dados<sup>275</sup>. Mas, além de serem minoria, tais autores partem da ideia de que essas obras não possuem criatividade ou, se possuem, é insuficiente. Contudo, como apontado acima, essa preocupação não possui sustentação na jurisprudência pós-*Feist*.

No que se refere aos jogos eletrônicos, dando continuidade à discussão iniciada em 1988 (*Atari v. Oman*), *Atari* recorreu novamente da decisão do *Copyright Office*, que, mesmo tendo analisado o jogo *Breakout* como obra audiovisual, manteve o entendimento de que não seria protegível por Direitos de Autor, por ausência de originalidade. O caso *Atari v. Oman* (1992) foi o primeiro caso envolvendo jogos eletrônicos após o caso *Feist*<sup>276</sup>.

Em *Atari v. Oman* (1992), já em segundo grau, a juíza *Ginsburg* afirmou que *Oman* falhou ao apreciar a natureza dinâmica e interativa do jogo. A juíza valeu-se dos ensinamentos do recém julgado caso *Feist*<sup>277</sup> e afirmou que mesmo que elementos individuais do jogo não fossem protegíveis, as telas, como um todo, a forma com que interagem entre si e os efeitos sonoros podem ser<sup>278</sup>.

Dessa forma, compreende-se originalidade como criação independente (no sentido de não cópia) e uma pequena quantidade de criatividade<sup>279</sup>, derrubando a noção de que qualquer obra pode ser protegida, basta que tenha havido trabalho.

### 2.3 REQUISITOS DO DIREITO AUTURAL: EXPRESSÃO E FIXAÇÃO

Requisito que consegue ser mais polêmico do que o da originalidade é o da expressão. Conforme narrado no subcapítulo 2.1, o primeiro caso a tratar da diferenciação entre ideia e a expressão dessa foi *Baker v. Selden* (1879).

Em *Baker v. Selden*, Charles Selden escreveu um livro explicando métodos de escrituração e anexou alguns formulários, que consistiam em linhas organizadas e cabeçalhos, ilustrando o sistema e mostrando como deve ser utilizado na prática. Baker utilizava uma

<sup>275</sup> STANDLER, Ronald B. *Copyright protection for nonfiction of compilations of facts in the USA*. Disponível em: <http://www.rbs2.com/cfact.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2019. p. 18.

<sup>276</sup> LASTOWKA, Greg. *Copyright law and video games: a brief history of an interactive medium*. 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2321424>. Acesso em: 24 jul. 2019. p. 09.

<sup>277</sup> A seleção e arranjo dotados de criativos podem ser protegidos.

<sup>278</sup> LEE, Peter; SUNDER, Madhavi. The law of look and feel. *Southern California Law Review*, v. 90, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2733780](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733780). Acesso em: 20 nov. 2019. p. 10.

<sup>279</sup> ABRAMS, Howard B. Originality and creativity in copyright law. *Law and Contemporary Problems*, v. 55, n. 2, p. 3-44, 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol55/iss2/2/>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 14.



planilha similar, mas com uma organização diferente de colunas e diferentes cabeçalhos<sup>280</sup>. A questão discutida era se o sistema poderia ser protegido por direito autoral através do livro em que estava escrito<sup>281</sup>.

A Suprema Corte entendeu que a planilha em questão era uma forma de ilustrar mais claramente o método proposto pelo autor do livro<sup>282</sup>. Considerando que o método proposto corresponde a ideia, enquanto a planilha a expressão dessa ideia e que a planilha elaborada por Baker expressava o método, mas não copiava a planilha de *Seldon*, não foi reconhecida violação de Direitos de Autor.

Segundo SAMUELSON<sup>283</sup>, a mensagem que a Corte tentou passar foi a de que sistemas de escrituração assim como outras obras de arte aplicadas não se encontram no escopo de proteção dos Direitos de Autor. Contudo, o precedente ficou conhecido como o precursor da dicotomia ideia/expressão.

Em 1930, no julgamento do caso *Nichols v. Universal Pictures Inc.* houve a criação do teste de abstração (*Abstraction Test*)<sup>284</sup> utilizado até hoje para separar ideias de suas expressões<sup>285</sup>. No caso, Sr. Nichols alegou que a *Universal* ao lançar o filme intitulado “The Cohens and The Kellys” violou os seus Direitos de Autor sob a peça de teatro chamada “Abie’s Irish Rose” de sua autoria. Ambas possuíam o mesmo roteiro, no qual um pai judeu queria que seu filho casasse com uma mulher judia ao invés de uma mulher católica por quem o seu filho havia se atraído e um pai católico que queria que a sua filha casasse com um homem católico, ao invés de um homem judeu. Após brigas o nascimento do filho do casal reunia a família<sup>286</sup>.

A *Court of Appeals of the Second Circuit* partiu do pressuposto de que a proteção conferida pelo direito de autor não pode ficar restrita ao texto literal da obra. A partir de então, afirmou que quanto mais se for excluindo as particularidades de uma obra, mais genérica

<sup>280</sup> COHEN, Julie E.; LOREN, Lydia Pallas; OKEDIJI, Ruth; O’ROURKE, Maureen A. *Copyright in a global information economy*. Nova York: Aspen, 2010. p. 83.

<sup>281</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. *Intellectual property in the new technological age: copyright, trademarks and state IP protections*. USA: Clause 8 Publishing, 2016, v. 2. p. IV-50.

<sup>282</sup> Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879).

<sup>283</sup> SAMUELSON, Pamela. Why copyright excludes systems and processes from the scope of its protection. *Texas Law Review*, v. 85, n. 1, 2007. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1002666](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1002666). Acesso em: 20 nov. 2019. p. 1924.

<sup>284</sup> Alguns autores e juízes entendem que não se trata de um teste mas sim de “uma forma inteligente de apresentar as dificuldades” que os julgadores tem para evitar uma generalização contínua, no sentido de considerar tudo abstrato. Cf. GODOY-DALMAU, Gabriel. Substantial similarity: Kohus got it right. *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, v. 6, i. 2, 2017.

<sup>285</sup> GRABOWSKI JR., Theodore J. Copyright protection for video game programs and audiovisual displays; and – substantial similarity and the scope of audiovisual copyrights for video games. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, v. 3, p. 139-162, 1983. p. 151.

<sup>286</sup> NICHOLS v. UNIVERSAL PICTURES CORPORATION et al. 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930). Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1930%20Nichols.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

(abstrata) ela será, havendo um ponto a partir do qual não pode haver proteção, caso contrário estariam sendo protegidas ideias<sup>287</sup>. Para se chegar a esse ponto, deve-se comparar o roteiro e os personagens das obras, tendo em mente que quanto menos desenvolvido for o personagem ou roteiro, menos protegível ela será<sup>288</sup>.

A segunda parte do teste consiste na “impressão do telespectador”<sup>289</sup>. Segundo o relator do caso, juiz *Hand*, deve-se fazer uma análise ingênua, parecida com a de um telespectador, com a impressão que este teria dos personagens<sup>290</sup>.

Compreende-se a aplicação da impressão do telespectador como uma forma de análise porque o sistema estadunidense volta-se a um raciocínio baseado na proteção da não cópia, inclusive o nome adotado espelha essa linha (copyright = direito de cópia). Já no Brasil, o sistema está focado na proteção do autor, o que também está espelhado no nome (Direito de autor)<sup>291</sup>.

O autor deve estar no centro da análise<sup>292</sup> e, não, o mercado. Ao incluir a análise do “homem leigo”, está sendo atribuído ao público (mercado) a responsabilidade de dizer o que é ou não protegível por Direito de Autor. A análise deve ser voltada somente à obra e ao autor, não podendo ser incluído o mercado como um avaliador.

A análise dos Direito de Autor por quem não detém conhecimento específico sobre o tema, reduzirá tal direito a um direito de não cópia. Entendimento que predominou durante o séc. XX nos Estados Unidos, tendo sido parcialmente revertido com o julgado do caso *Feist*, que passou a exigir um mínimo de criatividade.

E, aqui, utiliza-se “parcialmente revertido”, porque dificilmente uma decisão mudará, de forma abrupta, uma cultura sedimentada durante um século. Inclusive, ao explicar a opção pela exigência de criatividade, a Suprema Corte afirmou que os “fatos não precisam ser apresentados de maneira inovadora ou surpreendente”, bastando que não sejam “mecânicos ou rotineiros” de modo que “não exijam nenhuma criatividade”.

<sup>287</sup> NICHOLS v. UNIVERSAL PICTURES CORPORATION et al. 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930). Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/IP/1930%20Nichols.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2019.

<sup>288</sup> *Ibidem*.

<sup>289</sup> SAMUELSON, Pamela. A fresh look at tests for nonliteral copyright infringement. *Northwestern University Law Review*, v. 107, n. 4, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2218838>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 149.

<sup>290</sup> NICHOLS v. UNIVERSAL PICTURES CORPORATION et al (1930)

<sup>291</sup> ESTEVES, Maurício Brum. *Justificação constitucional do direito de autor: da hermenêutica aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 169.

<sup>292</sup> Autores como Ascensão e Adolfo entendem que a obra é o objeto de proteção do Direito de Autor. Esteves defende a proteção do sujeito-criador (autor) e do processo criativo. Para fins desse trabalho, será adotado parcialmente o entendimento de Esteves, no sentido de que o sujeito-criador deve ser o objeto de proteção do Direito de Autor.

Vale dizer, se não resultar de atividade mecânica ou rotineira já satisfará o mínimo de criatividade, enquanto no Brasil, conforme visto no subcapítulo 1.2., esse mínimo de criatividade não é obtido a partir de uma exclusão, mas, sim, de um comportamento ativo do autor. Dessa forma, não é possível aplicar a “impressão do telespectador” no ordenamento brasileiro.

Tratando-se da proteção específica aos jogos eletrônicos, o teste desenvolvido pelo juiz *Hand* foi aplicado no caso *Atari Inc. v. North American Philips Consumer Electronics Corp* (1982), pela *Seventh Circuit Court of Appeals*, reconhecendo-se a violação do jogo *Pac-Man* por entender que os personagens “globber” e os “fantasmas-monstros” distinguiam o *Pac-Man* dos demais jogos. Assim, reconheceu que a proteção autoral se estende à forma particular por intermédio da qual o jogo é expressado (formas, tamanhos, cores, sequências, arranjos e sons)<sup>293</sup>.

Outros dois casos que ficaram conhecidos como aqueles que ajudaram a esclarecer os limites entre ideia e expressão são *Whelan* (1986)<sup>294</sup> e *Altai* (1992)<sup>295</sup>. Em *Whelan*, a *Whelan Associates* foi contratada por *Jaslow Dental Laborator* para desenvolver um *software* para desempenhar as funções básicas do escritório da ré. A autora desenvolveu o programa intitulado “Dentalab” e alega que o programa “Dentcom PC” de titularidade da ré viola seus Direitos de Autor sob o “Dentalab”<sup>296</sup>.

A *District Court for the Eastern District of Pennsylvania* julgou procedente os pedidos da ação e a *Court of Appeals for the Third Circuit* manteve a decisão, afirmando que a proteção conferida ao programa de computador pelo *Copyright Act* se estende além da sua linguagem literal de códigos, abrangendo estrutura, sequência e organização<sup>297</sup>. A Corte entendeu, ainda, que uma abordagem apropriada para a separação de ideia e expressão seria

<sup>293</sup> CASILLAS, Brian. Attack of the clones: copyright protection for video game developers. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, n. 33, v. 137, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol33/iss2/2>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 157.

<sup>294</sup> *Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Lab*, 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986)

<sup>295</sup> *Computer Associates International Inc. v. Altai Inc.*, 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992).

<sup>296</sup> KRAMER, Karen J. Extending copyright protection to a computer program’s structure: *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.* 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986). *Washington University Law Review*, v. 65, i. 2, p. 471-480, 1987. Disponível em: [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol65/iss2/6/](https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol65/iss2/6/). Acesso em: 20 nov. 2019. p. 472.

<sup>297</sup> KRAMER, Karen J. Extending copyright protection to a computer program’s structure: *Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc.* 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986). *Washington University Law Review*, v. 65, i. 2, p. 471-480, 1987. Disponível em: [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol65/iss2/6/](https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol65/iss2/6/). Acesso em: 20 nov. 2019. p. 472-473.

considerar todo o propósito ou função do programa de computador como uma ideia e quaisquer funções não necessárias para realizar esse propósito como uma expressão protegível<sup>298</sup>.

Em 1992 foi julgado o caso *Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc.*, também envolvendo os aspectos não literais dos programas de computador. *Altai* contratou um programador da *Computer Associates (CA)* para reescrever o seu programa. Ao fazer isso, o programador copiou uma grande porção do código do programa da *CA*. Após contato entre as empresas, a *Altai* reescreveu o seu código, mas manteve elementos não literais do programa da *CA*<sup>299</sup>.

*CA* ingressou com ação por violação de aspectos literais e não literais. A *United States District Court for the Eastern District of New York* reconheceu a violação dos aspectos literais, mas não dos aspectos não literais. A decisão foi reformada pela *Second Circuit of Appeal*, que aperfeiçoou o “*Abstraction test*” de *Hand*<sup>300</sup>, desenvolvendo o teste chamado “*Abstraction-Filtration*”, reconhecendo a violação dos aspectos não literais do software<sup>301</sup>. O “*Abstraction-Filtration test*” ou “*Abstraction-Filtration-Comparison (AFC) test*” consiste em um “método para segregar os elementos de proteção de um programa de computador e determinar se os elementos protegidos foram violados por outro trabalho”<sup>302</sup>.

Esse método possui três fases, como o próprio nome sugere: (i) *Abstraction*, no qual o julgador isolará cada nível de abstração; (ii) *Filtration*, no qual se excluirá todos os elementos não protegíveis; e (iii) *Comparison*, no qual comparará os elementos restantes entre as obras, determinando, assim, se há uma similaridade substancial (*substantial similarity*)<sup>303</sup>.

Em 1990 foi julgado o caso *Lotus Development Corp. v. Paperback Software International*, no qual esta havia desenvolvido programa de computador compatível com o programa Lotus 1-2-3, de propriedade daquela, através da cópia da hierarquia dos comandos do seu menu. *Paperback* defendeu a tese de que a proteção autoral recaia somente sobre os códigos, enquanto *Lotus* defendeu que qualquer expressão original seria protegível por Direitos de Autor.

Nesse caso, o juiz *Keeton* entendeu que a expressão de uma ideia só é protegível por direito autoral se (i) não for uma expressão meramente funcional, (ii) for originária do autor,

<sup>298</sup> LAMPROS, Nicholas M. *Leveling Pains: Clone Gaming and the Changing Dynamics of na Industry*. Disponível em: Berkeley Technology Law Journal, volume 28, issue 4, 2013, p. 760.

<sup>299</sup> ELAND, Stephen H. The abstraction-filtration test: determining nonliteral copyright protection for software. *Villanova Law Review*, v. 39, i. 3, 1994. p. 670.

<sup>300</sup> GODOY-DALMAU, Gabriel. Substantial similarity: Kohus got it right. *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, v. 6, i. 2, 2017. p. 237.

<sup>301</sup> ELAND, , *op. cit.*, p. 671.

<sup>302</sup> ELAND, , *op. cit.*, p. 671.

<sup>303</sup> LAMPROS, *op. cit.*, p. 761.

(iii) não for óbvia, e (iv) não for fundível com a ideia,<sup>304</sup> ou seja, se a ideia só puder ser expressada em um número limitado de formas, ambas acabam se confundindo de forma que se fundem (*merger doctrine*)<sup>305</sup>.

Na mesma decisão, o juiz *Keeton* também elaborou um teste para definir se os aspectos não literais do software poderiam ser protegidos. Partindo da decisão do juiz *Hand* em *Nichols*<sup>306</sup>, *Keeton* entendeu que primeiramente o julgador deve analisar as alternativas que se apresentam em uma escala que parte da concepção mais generalizada para a mais especificada e escolher algum conceito ou definição de ideia para o fim de distingui-la de sua expressão, ou seja, o julgador deve diferenciar o que é genérico (abstrato) do que é específico<sup>307</sup>.

O segundo passo é analisar se determinada expressão de uma ideia está limitada a elementos essenciais para sua expressão ou se essa determinada expressão é apenas um dos poucos modos de expressar essa ideia. Trata-se aqui de diferenciar o que é essencial do que não é, envolvendo novamente a *merger doctrine*, que será vista adiante.

Por fim, o terceiro passo consiste em, após isolar os elementos não essenciais da expressão da ideia, analisar se esses elementos constituem uma parte substancial da obra.

Dos testes aqui apresentados<sup>308</sup>, um misto entre o “*Abstraction-Filtration-Comparison (AFC) test*”, “*Abstraction test*” e o utilizado em *Whelan* foi o aplicado no caso *Tetris Holding LLC v. Xio Interactive Corp.* (2012), julgado pela *District Court for the District of New Jersey*. No caso, *Tetris Holding LLC* (“*Tetris*”) ingressou com ação em face de *Xio Interactive Inc* (“*Xio*”), alegando violação de Direitos de Autor, concorrência desleal e violação de *Trade Dress* de seu jogo “*Tetris*” pelo jogo “*Mino*”. Em defesa, *Xio* argumentou que, em “*Mino*”, só copiou elementos não protegíveis, em específico as regras e funcionalidades do jogo e não os elementos dotados de expressão.<sup>309</sup>

A Corte entendeu que independentemente de como se articulará os passos do teste de verificação de similaridade, tanto no *AFC test* quanto no *Whelan* o objetivo central era separar a expressão protegível dos elementos não protegíveis e, então, avaliar se havia similaridade substancial ou não. Partindo desse pressuposto acrescido do fato de que qualquer

<sup>304</sup> Esse último requisito equivale a “*merger doctrine*” que será vista no subcapítulo seguinte.

<sup>305</sup> *Lotus Development Cor p. v. Paperback Software International*. 740 F Supp 37. June 28, 1990

<sup>306</sup> Referiu-se expressamente a passagem “there is a point where the similarities are so little concrete (and therefore so abstract) that they become only ‘theme’, ‘idea’, or skeleton of the plot, and that these are always in the public domain; no copyright can protect them”

<sup>307</sup> *Lotus Dev. Cor p. v. Paperback Software Intern.*, 740 F. Sup p. 37 (D. Mass. 1990)

<sup>308</sup> Existem ainda os testes “*Ordinary Observer*” e “*Extrinsic/Intrinsic*”, dentre outros menos populares, sobre os quais não se comentou por não terem sido aplicados na discussão sobre *software* e proteção de seus elementos não literais.

<sup>309</sup> *TETRIS HOLDING, LLC et al v. XIO INTERACTIVE*, No. 3:2009cv06115. 2012.

elemento do jogo poder estar vinculado as suas regras e aspectos funcionais, a Corte entendeu que o fato de um elemento estar atrelado a essas regras e aspectos funcionais não o exclui automaticamente da proteção<sup>310</sup>. Ou seja, sendo uma expressão original, um elemento relacionado as regras do jogo ou seus aspectos funcionais pode ser protegido.

Adotou a premissa existente em *Whelan* – funções do programa seriam ideias – mas entendeu que essa premissa não é absoluta, na medida em que se tratando de expressão original as funções podem ser protegidas. Adotou o *Abstraction Test* e o *AFC Test* na medida em que aplicou a abstração; filtrou os resultados, conforme o *AFC Test*; e comparou os jogos através da visão do telespectador (*layman*) sob a obra inteira e não de forma detalhista, conforme o *Abstraction Test*<sup>311</sup>.

Por fim, uma decisão de 2014 referente a violação de Direitos de Autor em jogos de cartas (*DaVinci Editrice S.R.L. v. Ziko Games, L.L.C*<sup>312</sup>) reconheceu a proteção por Direitos de Autor a personagens e aos papéis desempenhados pelos jogadores. No caso entendeu-se que “as características e a maneira com que os personagens interagem, não apenas os nomes e imagens usados para representá-los, são elementos criativos e expressivos em um RPG e são protegidos.”<sup>313</sup>

A Suprema Corte ainda não se manifestou sobre os testes existentes para verificação de plágio que envolvam a distinção entre a ideia e a expressão das obras, bem como não há unanimidade na aplicação de algum teste pelas cortes hierarquicamente inferiores. Contudo, todos os testes referem a necessidade de abstração, separando as partes genéricas das específicas, de modo que quanto mais específico mais passível de proteção, em tese, será.

É perceptível algumas definições importantes no que se refere aos jogos eletrônicos, como o reconhecimento de que personagens e suas formas de interação, assim como formas, tamanhos, cores, sequências, arranjos e sons são expressões das ideias contidas nas obras e, portanto, protegíveis. Como aponta DEAN<sup>314</sup>, a evolução jurisprudencial faz crer que se está iniciando uma fase de reconhecimento da importância da proteção e fomento da elaboração dos

<sup>310</sup> LAMPROS, Nicholas M. *Leveling Pains: Clone Gaming and the Changing Dynamics of an Industry*. Disponível em: Berkeley Technology Law Journal, volume 28, issue 4, 2013. p. 765.

<sup>311</sup> CASILLAS, Brian. Attack of the clones: copyright protection for video game developers. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, n. 33, v. 137, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol33/iss2/2>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 156.

<sup>312</sup> *DaVinci Editrice S.r.l. v. Ziko Games, LLC et al*, No. 4:2013cv03415. 2014

<sup>313</sup> *Ibidem*.

<sup>314</sup> DEAN, Drew S. Hitting reset: devising a new video game copyright regime. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, p. 1239-1280, 2016. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol164/iss5/4](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss5/4). Acesso em: 20 nov. 2019. p. 1264.

jogos eletrônicos, em razão dos indícios de uma abrangência mais ampla dos Direitos de Autor sobre tais obras.

O segundo requisito que se propôs tratar nesse subcapítulo é o da “fixação”. Para trabalhar esse requisito deve-se ter em mente que o *video game* pode ser protegido como software e como audiovisual. O primeiro caso a tratar da fixação foi o *White-Smith Publishing Co. v. Apollo Co* (1908).

Apesar de considerar ultrapassado<sup>315</sup>, no caso, a Suprema Corte estadunidense entendeu que a cópia de uma composição musical deve ser um registro escrito ou impresso dela em meio inteligível para um ser humano ler e, não, uma máquina.<sup>316</sup> Ou seja, para atender o requisito da fixação não poderia haver a reprodução em máquina.

O *Copyright Act* de 1909 incluiu a possibilidade de reprodução em meio mecânico, submetendo-a a uma licença compulsória, mas sem alterar a abordagem já consolidada no caso *White-Smith* quanto a determinação da ocorrência de cópia<sup>317</sup>. Buscando solucionar a questão, o *Copyright Act* de 1976 positivou o conceito de fixação em um meio tangível de expressão, exigindo que a incorporação da obra seja feita em meio “suficientemente permanente ou estável para permitir que seja percebida, reproduzida ou de outra forma comunicada por período superior a uma duração transitória.”<sup>318</sup>

Contudo, caso não haja a fixação da obra, como é o caso de uma interpretação ou música não gravada, não haverá proteção pelo *Copyright Act* de 1976, o que se terá será proteção pelas leis e precedentes estaduais conforme for o caso<sup>319</sup>. Dessa forma, adotando a liberdade de escolha fornecida pela Convenção de Berna, em que cada país determinará se a fixação será requisito para concessão de Direitos de Autor. Os Estados Unidos optaram por exigir a fixação da obra para conferência de proteção.

<sup>315</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. *Intellectual property in the new technological age: copyright, trademarks and state IP protections*. USA: Clause 8 Publishing, 2016, v. 2. p. IV-27.

<sup>316</sup> COHEN, Julie E.; LOREN, Lydia Pallas; OKEDIJI, Ruth; O’ROURKE, Maureen A. *Copyright in a global information economy*. Nova York: Aspen, 2010. p. 47.

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>318</sup> Copyright Act 1976, §101: A work is “fixed” in a tangible medium of expression when its embodiment in a copy or phonorecord, by or under the authority of the author, is *sufficiently permanent or stable to permit it to be perceived, reproduced, or otherwise communicated for a period of more than transitory duration*. A work consisting of sounds, images, or both, that are being transmitted, is “fixed” for purposes of this title if a fixation of the work is being made simultaneously with its transmission. [grifo nosso]

<sup>319</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. *Intellectual property in the new technological age: copyright, trademarks and state IP protections*. USA: Clause 8 Publishing, 2016, v. 2. p. IV-27.

É importante saber que o *Copyright Act* de 1976 não tratava da proteção de *software*, sendo incluído em 1980<sup>320</sup>, após a constituição de uma comissão<sup>321</sup> específica para estudar a proteção autoral nas novas tecnologias<sup>322</sup>, o que incorreu em alterações à lei. Com o advento dessas novas tecnologias, as discussões quanto a relação entre as suas particularidades e a fixação da obra ocuparam os tribunais.

Com relação ao *software*, o principal caso foi *Apple Computer v. Franklin Computer Corp.* (1983)<sup>323</sup>, em que se discutiu a possibilidade de proteção autoral de obra expressada em *Read-Only Memory (ROM)*. No caso, a Apple ingressou com ação de violação de Direitos de Autor e outros em face de Franklin alegando que os programas vendidos pelo réu em conjunto com o computador de sua fabricação – ACE 100 – eram virtualmente idênticos a 14 programas operacionais desenvolvidos e vendidos pelo autor em seu computador “Apple II”. O réu alegou que os programas de computador em questão não eram protegíveis por Direitos de Autor.

A *Court of Appeals for the Third Circuit* fixou os pontos controvertidos como sendo: se pode haver proteção autoral (i) sob programa de computador expressado em código objeto; (ii) sob programa de computador em ROM; e (iii) de um sistema operacional. Entendeu que pode haver proteção quando expressado em código objeto, da mesma forma que em código fonte, pois o *Copyright Act* não exige que a leitura seja feita unicamente por humanos (código fonte), permitindo a leitura por máquina (código objeto).

Quanto a *Read Only Memory (ROM)*, a Corte entendeu que a expressão por intermédio de dispositivos *ROM* é suficientemente fixada para atender a exigência legal de fixação. E, por fim, compreendeu que programas operacionais, assim como os programas aplicativos, são instruções para uma máquina operar e, portanto, recebem proteção tanto quanto um manual de instruções de uma máquina escrito em inglês.

Em *Apple Computer Inc. v. Formula Intern. Inc.* (1984)<sup>324</sup>, a autora alegou violação de Direitos de Autor em razão da venda de quites e periféricos, cujos itens quando montados compõem um computador que, assim como o Apple II, é projetado para uso pessoal, em casa ou em pequenas empresas. Esses quites contêm programas que são cópias virtualmente

---

<sup>320</sup> A própria definição de programa de computador foi incluída no §101: A “computer program” is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result”.

<sup>321</sup> National Commission on New Technology Uses of Copyrighted Works (CONTU).

<sup>322</sup> LAMPROS, Nicholas M. *Leveling Pains: Clone Gaming and the Changing Dynamics of an Industry*. Disponível em: Berkeley Technology Law Journal, volume 28, issue 4, 2013. p. 759.

<sup>323</sup> *Apple Computer Inc. v. Franklin Computer Cor p.*, 714 F. 2d 1240 (3d Cir. 1983).

<sup>324</sup> *Apple Computer Inc. v. Formula Intern. Inc.*, 725 F.2d 521 (9th Cir. 1984)



idênticas a cinco programas de propriedade da autora, dois deles expressados em *ROM* (“Autostart” e “Applesoft”) e três em disquetes (“HELLO”, “DOS 3.3” e “Apple Integer BASIC”).

A Corte entendeu que a cópia feita pela ré em *ROM* e subsequente venda não estão protegidos pelo *Copyright Act*, pois não se trata de cópia essencial para a utilização do programa<sup>325</sup>, na medida em que poderia rodar em *RAM*. A Corte, ainda, reconheceu que a expressão em *RAM* é considerada fixação da obra, mesmo que de forma temporária<sup>326</sup>.

Com base nesses dois casos, pode-se afirmar que o armazenamento de um programa de computador em dispositivos de memória (*ROM*, *RAM*...) cumpre o requisito de fixação legalmente exigido.

O caso *Williams Eletronics Inc. v. Artic International Inc.*<sup>327</sup> verte para uma discussão sobre a proteção do audiovisual, mas acaba tocando na mesma discussão quanto a fixação em *ROM*. No caso, o autor, proprietário dos registros sobre o programa de computador, o audiovisual do modo “*atrack*<sup>328</sup>” e do modo “*play*<sup>329</sup>” do jogo *Defender*, alegou violação de Direitos de Autor pelo réu em razão da venda, por este, de um “quite de placas de circuito” que conectado aos demais componentes de um console de vídeo game produzia efeitos visuais quase idênticos aos do *Defender*, em ambos os modos de exibição.

A violação foi reconhecida em primeiro grau e o réu recorreu à *United States Court of Appeals for the Third Circuit*. O réu alegou invalidade dos registros do autor, pois os modos “*atrack*” e “*play*” não são fixados, na medida em que cada vez que esses modos são exibidos aparece uma imagem diferente da anterior. A Corte refutou esse argumento, reafirmando a decisão do caso *Midway Manufacturing Co. v. Artic International, Inc.*, que entendeu que os trabalhos audiovisuais estão fixados nos dispositivos de memória dos jogos.

Outro argumento utilizado pelo réu foi o de que não há um desempenho pré-fixado, de modo que o jogador se torna um coautor do que é exibido na tela. A Corte entendeu que sempre há uma sequência repetitiva de uma porção significativa das imagens e sons do jogo,

---

<sup>325</sup> § 117(a) [...] it is not an infringement for the owner of a copy of a computer program to make or authorize the making of another copy or adaptation of that computer program provided: (1) that such a new copy or adaptation is created as an *essential step in the utilization* of the computer program in conjunction with a machine and that it is used in no other manner, or [...]

<sup>326</sup> COHEN, Julie E.; LOREN, Lydia Pallas; OKEDIJI, Ruth; O’ROURKE, Maureen A. *Copyright in a global information economy*. Nova York: Aspen, 2010. p. IV-30.

<sup>327</sup> *Williams Eletronics Inc. v. Artic International Inc.* 685 F.2d 870 (3d Cir. 1982). Toda a narrativa do caso foi retirada da decisão.

<sup>328</sup> Trata-se de um *teaser* do jogo que é rodado enquanto o jogo não está sendo jogado.

<sup>329</sup> Trata-se da sequência de imagens que são apresentadas durante o jogo.

bem como alguns aspectos da exibição permanecem a mesma, independentemente de como o jogador está jogando, motivo pelo qual o argumento não se sustenta.

O réu ainda argumentou que não pode haver proteção autoral de *Read Only Memory (ROM)* por ser objeto utilitário e parte de uma máquina. A Corte explicou que o autor não buscava proteção autoral do *ROM*, mas sim que este era o meio em que se fixou a obra, atendendo aos requisitos legais de expressão e fixação.

No caso *Stern Electronics Inc. v. Harold KAUFMAN d/b/a Bay Coin, et al.*, e *Omni Video Games, Inc., et al.*, foi discutida a possibilidade de proteção autoral das imagens eletronicamente exibidas em um vídeo game operado por moeda (*arcade*). A *District Court for the Eastern District of New York* entendeu haver violação do trabalho audiovisual “*Scramble*” de propriedade da autora pelas rés. As rés recorreram à *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, alegando que as imagens e os sons que acompanham o jogo eletrônico não satisfazem os requisitos da fixação e da originalidade, pois dependem do comportamento do jogador<sup>330</sup>.

Segundo a corte muitos aspectos das imagens e a sequência em que aparecem permanecem a mesma durante cada jogo (tamanhos, cores e formas). Mesmo que determinadas imagens e sons não apareçam porque o jogador não atingiu determinado nível, elas permanecem fixadas na memória do console e capazes de aparecer. Esse caso ainda esclareceu, no mesmo sentido em que o *Apple Computer v. Franklin Computer Corp.* (1983), que a expressão de um programa em código fonte ou código objeto é protegível por Direitos de Autor.

Dessa forma, por mais que seja claro que o jogo eletrônico é composto por programa de computador e obra audiovisual, as discussões acabam seguidamente envolvendo ambos os aspectos. Os casos aqui abordados identificam uma certa tendência a compreensão de que os dispositivos de armazenamento de memória cumprem os requisitos de expressão e fixação, sejam para a obra audiovisual que será exibida ou para um sistema operacional. Contudo, tais discussões ainda não chegaram a Suprema Corte estadunidense, de modo que não há uma decisão sobre a temática oriunda da Corte Suprema.

Mas, as discussões que envolvem os jogos eletrônicos não param nesses requisitos. Pelo contrário, a problemática torna-se muito mais acirrada e polêmica quando se trata das doutrinas limitantes, em especial o *scenes à faire doctrine* e a *merger doctrine*, como será visto adiante.

---

<sup>330</sup> *Stern Electronics, Inc. v. Kaufman*. 669 F.2d 852 (2nd Cir. 1982). Toda a narrativa do caso foi retirada da decisão.

## 2.4 LIMITAÇÕES AOS DIREITOS DE AUTOR: *FAIR USE*, *MERGER DOCTRINE* E *SCENES À FAIRE*

O *fair use* é uma construção doutrinária que foi positivada no *Copyright Act* de 1976, tendo como objetivo um equilíbrio entre os interesses de novos autores e aqueles que usam trabalhos autorais para incentivar a “criatividade cumulativa” e, também, figura como uma “válvula segura” para liberdade de expressão<sup>331</sup>. Diversos foram os casos julgados com base no *fair use*, mas este ainda é o instituto mais amplo e “causador de problemas<sup>332</sup>” no âmbito do Direito de Autor. Como o objetivo dessa abordagem é somente explicar o instituto e demonstrar a sua aplicação no âmbito da proteção autoral dos jogos eletrônicos, não será abordada sua evolução histórica.

Segundo o *Copyright Act*, o “uso justo” ocorre quando o propósito do trabalho é uma crítica, um comentário, reportagens jornalísticas, ensino, conhecimento, pesquisa, entre outros usos não especificados no artigo. Ao analisar os casos não especificados na legislação, o julgador deve ponderar (i) “o objetivo e caráter do uso, incluindo se o uso tem natureza comercial ou é para fins educacionais não lucrativos”; (ii) “a natureza do trabalho”; (iii) “a quantidade e substancialidade da porção utilizada em relação a obra copiada como um todo”; e (iv) “o efeito do uso no potencial mercado da obra e o seu valor nesse mercado”<sup>333</sup>.

O primeiro requisito exige que o trabalho seja transformativo, ou seja, que “acrescente algo novo, com outro propósito ou caráter diferente, alterando o primeiro com nova expressão, significado ou mensagem<sup>334,335</sup>”. Quanto aos fins comerciais, a existência de lucro

<sup>331</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. *Intellectual property in the new technological age: copyright, trademarks and state IP protections*. USA: Clause 8 Publishing, 2016, v. 2. p. IV-268.

<sup>332</sup> *Dellar v. Samuel Foldwyn Inc*, 104 F.2d 661, 661 (2d Cir. 1939). Cf. *idem*.

<sup>333</sup> §107: Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

<sup>334</sup> *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)

<sup>335</sup> HUNT, Kurt. Copyright and YouTube: pirate’s playground of fair use forum? *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, v. 14, i. 1, p. 197-222, 2007. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mttlr/vol14/iss1/6/>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 212.

pesa de forma negativa para a concessão do *fair use*, mas não se trata de uma verdade absoluta, pois deve haver uma análise do contexto total da prática<sup>336</sup>.

“A natureza do trabalho” deve ser lida de forma a considerar que o *Copyright* estadunidense entende que trabalhos criativos são merecedores de maior proteção, enquanto os trabalhos factuais possuem menos proteção<sup>337</sup>. Assim, o escopo de aplicação do *fair use* é maior quando a obra é predominantemente factual<sup>338</sup>.

“A quantidade e substancialidade da porção utilizada em relação a obra copiada como um todo” refere-se à quantidade copiada e à qualidade dessa cópia, de maneira que a reprodução utilize o que há de mais importante na obra copiada<sup>339</sup>.

Por fim, “o efeito do uso no potencial mercado da obra e o seu valor nesse mercado”, deve ser analisado para fins de verificar se a “cópia” pode substituir o objeto do trabalho original. Deve ser analisado o “mal da substituição no mercado” naquele mercado em que o titular da obra original atuaria ou licenciaria para atuação<sup>340</sup>.

Considerando a “regra dos três passos”, em que a reprodução é permitida contanto que “não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor”<sup>341</sup>, é possível entender que a regra do *fair use* respeita a regra internacional. A necessidade de análise do efeito do uso no potencial mercado e no valor da obra, bem como a da natureza comercial ou não da obra, ocorre para que não haja um prejuízo injustificado ao autor e a exploração de sua obra.

O primeiro caso julgado pela Suprema Corte com base na positivação do *fair use* pelo *Copyright Act* de 1976 foi o “*Betamax Case*”<sup>342, 343</sup>. No caso, a *Universal City Studios Inc.* ingressou com ação por violação de Direitos de Autor de diversos filmes seus em face de *Sony Corp. of America*, visto que esta havia desenvolvido e vendido vídeos cassete que permitia a gravação de programas que passavam na televisão, chamado *Betamax*. Em razão do uso desses

<sup>336</sup> HUNT, Kurt. Copyright and YouTube: pirate’s playground of fair use forum? *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, v. 14, i. 1, p. 197-222, 2007. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mttlr/vol14/iss1/6/>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 216.

<sup>337</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. *Intellectual property in the new technological age: copyright, trademarks and state IP protections*. USA: Clause 8 Publishing, 2016, v. 2. p. IV-19.

<sup>338</sup> HUNT, *op. cit.*, p. 216.

<sup>339</sup> BARTHOLOMEW, Taylor B. The death of fair use in cyberspace: YouTube and the problem with content ID. *Duke Law & Technology Review*, n. 13, p. 66-88, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dltr/vol13/iss1/3/>. Acesso em: 20 nov. 2015. p. 76

<sup>340</sup> HUNT, *op. cit.*, p. 218.

<sup>341</sup> Decreto 75.699/75, art. 9.2

<sup>342</sup> Sony Cor p. v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984)

<sup>343</sup> LEMLEY; MENELL; MERGES, *op. cit.*, p. IV-269.

dispositivos, os consumidores podiam gravar filmes e ver posteriormente, o que, para *Universal* constituía violação de Direitos de Autor.

A Suprema Corte entendeu que um produto que pode ser utilizado de forma a não violar Direitos de Autor não pode ser retirado do mercado pelo uso violador feito por alguns. Em seguida a Corte analisou os quatro requisitos exigidos pelo §107, afirmando que (i)(ii) o uso privado em casa é uma atividade não comercial e não lucrativa; (iii) em razão do uso não comercial da obra, o fato de ela ser inteiramente reproduzida não pesa contra o *fair use*; e (iv) o uso que não tenha efeito negativo comprovado sobre o mercado potencial ou o valor do trabalho protegido por Direitos de Autor não deve ser proibido.

Por fim, a Corte reconheceu a existência de interesse público em fazer a transmissão por televisão mais disponível, o que era viabilizado por intermédio do *Betamax*, mas devendo ser observado o *fair use*.

Após essa decisão, diferentes padrões de uso do *fair use* começaram a surgir, de modo que LEMLEY<sup>344</sup> dividiu-os em (i) convencional; (ii) contextual; e (iii) funcional, enquanto COHEN<sup>345</sup> dividiu-os em dois: (i) troca cultural e (ii) troca técnica. O padrão convencional de uso do *fair use* refere-se aos casos explicitamente arrolados no §107, conforme visto anteriormente. O padrão contextual refere-se à criação envolvendo novas tecnologias e os problemas que surgiram, enquanto o funcional refere-se a reprodução e distribuição dessas novas tecnologias.

Quanto a classificação de COHEN, a troca cultural refere-se aos casos explicitamente arrolados no §107 e àqueles que promovem o progresso do aprendizado e das artes, identificando-se com o padrão convencional de LEMLEY. Já o padrão de troca técnica está em consonância com os padrões contextual e funcional, na medida em que se refere a questões que emergiram juntamente e em razão do desenvolvimento de tecnologias.

Não é possível concordar com uma divisão tão rígida entre os padrões, haja vista que os que se referem a tecnologia também envolvem a promoção do progresso da aprendizagem; um exemplo dessa relação é o caso *Sega Enterprises Ltd v. Accolade Inc*<sup>346</sup>. Nesse caso a *Court of Appeal for the Ninth Circuit* entendeu que a engenharia reversa seria permitida com base no *fair use*, desde que (i) a desmontagem fosse a única forma de acesso aos elementos não passíveis de proteção e (ii) o responsável pela decompilação tiver uma razão

---

<sup>344</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. *Intellectual property in the new technological age: copyright, trademarks and state IP protections*. USA: Clause 8 Publishing, 2016, v. 2. p. IV-292-IV-332.

<sup>345</sup> COHEN, Julie E.; LOREN, Lydia Pallas; OKEDIJI, Ruth; O'ROURKE, Maureen A. *Copyright in a global information economy*. Nova York: Aspen, 2010. p. 534-579.

<sup>346</sup> *Sega Enters Ltd. v. Accolade Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992)

legítima para buscar o acesso a tais dados<sup>347</sup>, sob pena de conferência de um monopólio sob aspectos funcionais e ideias, expressamente vedado pela lei.

A *Court of Appeal for the Ninth Circuit* reconheceu que o objetivo dos programadores ao decompilar os códigos do console era estudar os seus requisitos funcionais, para fins de compatibilizar cartuchos de jogos. Após a decompilação e divulgação houve uma maior produção e oferta de jogos, fomentando trabalhos criativos e a disseminação das ideias contidas no console, ambos objetivos do *Copyright Act*<sup>348</sup>.

No caso *Sony Computer v. Connectix Corp.*, o *Ninth Circuit Court of Appeals* deliberou pela aplicação do *fair use* em engenharia reversa, afirmando que quando “a desmontagem é a única maneira de obter acesso a ideias e a elementos funcionais incorporados em um programa de computador protegido por Direitos de Autor e havendo razão legítima para buscar tal acesso” a engenharia reversa torna-se um *fair use*, afastando, portanto, a violação de Direitos de Autor<sup>349</sup>.

O *fair use* é mais facilmente encontrado em casos que envolvam *software* e engenharia reversa, sendo poucos os casos que envolvem audiovisual em que há a sua discussão. O objetivo de trazer os dois casos de engenharia reversa, brevemente abordados, foi mostrar que a tecnologia também envolve a promoção do progresso da aprendizagem como contraponto a divisão rígida feita por LEMLEY e COHEN.

Como a proposta do trabalho é a análise dos jogos eletrônicos, enquanto obras audiovisuais e não enquanto software, passa-se a analisar o *fair use* em casos audiovisuais dos jogos.

Um recente caso foi julgado tendo como um dos fundamentos o *fair use*: *Tetris Holding LLC v. Xio Interactive Inc.* (2012)<sup>350</sup>. Esse caso é entendido pelos desenvolvedores de jogos como uma vitória contra os clones, contudo alguns autores manifestam preocupação com a abordagem conferida aos Direitos de Autor<sup>351</sup>. A decisão abordou as temáticas do *scenes à faire* e da *merger doctrine*, e chegou a referir o *fair use*.

<sup>347</sup> SCHIRRU, Luca. *Direito autoral e games: a engenharia reversa de programas de computador e o seu potencial como fonte de inovação*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 71.

<sup>348</sup> COHEN, Julie E.; LOREN, Lydia Pallas; OKEDIJI, Ruth; O'ROURKE, Maureen A. *Copyright in a global information economy*. Nova York: Aspen, 2010. p. 567.

<sup>349</sup> CASILLAS, Brian. Attack of the clones: copyright protection for video game developers. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, n. 33, v. 137, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol33/iss2/2>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 149.

<sup>350</sup> *Tetris Holding LLC v. Xio Interactive Inc.*, 863 F.Supp p. 2d 394 (2012)

<sup>351</sup> CASTREE, Sam. *A problem old as pong: video game cloning and the proper bounds of video game copyright*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2322574>. Acesso em: 06 ago. 2019. p. 05.

Complementando o que já foi trazido sobre o caso, *Tetris Holding* é proprietária do jogo “Tetris” e dos Direitos de Autor sobre as diversas interações do jogo, enquanto *Xio* é proprietária do jogo “Mino”, que confessadamente foi inspirado em *Tetris*. *Xio* admite que fez *download* do jogo *Tetris* em seu telefone celular para analisá-lo e copiar os seus elementos não protegíveis, após análise da legislação autoral em vigor, para fins comerciais. Assim, *Xio* copiou todos os elementos que eram baseados em regras do jogo ou que podiam ser entendidos como funcionais<sup>352</sup>.

Com relação ao *fair use*, *Xio* defendeu a aplicação dessa limitação em razão de ter copiado somente uma pequena parte de *Tetris*, o que não prosperou frente aos demais requisitos de análise que não foram cumpridos<sup>353</sup>. A Corte, ainda, acabou entendendo que *Mino* era quase uma cópia literal de *Tetris*, com o objetivo claro de lucro.

O *fair use* vem ganhando importância no cenário audiovisual dos jogos eletrônicos no que se refere aos canais no *YouTube* nos quais são disponibilizados vídeos em que os jogadores estão jogando vídeo game. Nesses casos, o jogo é reproduzido em tela inteira, sem que a pessoa física do jogador apareça inteira ou em um pequeno quadro, tendo como principal foco os comentários do jogador. A seguir são apresentadas imagens ilustrativas dos dois casos:

Quadro 1 – Capturas de tela durante gameplays sem e com aparição de jogadores



Fonte: LETSPLAY. Canal no YouTube, 2006. Disponível em: <https://www.youtube.com/user/LetsPlay>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Com a popularidade desse formato, o *YouTube* lançou uma plataforma específica para esse fim, a *Gaming*<sup>354</sup>, assim como o Facebook, que lançou ferramenta para transmissão

<sup>352</sup> É importante relembrar a corrente adotada neste trabalho e brevemente explicada na página 21, no sentido de que é dispensável o caráter estético para que haja proteção por direitos autorais.

<sup>353</sup> DEAN, Drew S. Hitting reset: devising a new video game copyright regime. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, p. 1239-1280, 2016. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol164/iss5/4](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss5/4). Acesso em: 20 nov. 2019. p. 1264.

<sup>354</sup> YOUTUBE lança plataforma para transmissão de games ao vivo. *Folha*, São Paulo, 26 ago. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2015/08/1673866-youtube-lanca-plataforma-para-transmissao-de-games-ao-vivo.shtml>. Acesso em: 20 nov. 2019.

direta de partidas de jogos eletrônicos<sup>355</sup>. Há também sites próprios para essa modalidade, como o *Twitch.com*<sup>356</sup>.

Ao analisar os requisitos do *fair use*, percebe-se que (i) o objetivo e caráter do uso incluindo se o uso tem natureza comercial ou é para fins educacionais não lucrativos é de entretenimento e difusão de conhecimento – dicas e estratégias sobre o jogo – com o fim lucrativo como um objetivo subsidiário. O rendimento não ocorre de forma direta pelos usuários finais (consumidores), mas sim por intermédio de publicidade de terceiros. Como normalmente o rendimento é baixo não sustentada autonomamente a prática.

A natureza do trabalho copiado é criativa e não factual, de modo que possui maior proteção autoral do que um banco de dados, por exemplo. A quantidade e substancialidade da porção utilizada em relação a obra copiada como um todo é significativa, pois não há como produzir a obra em comento sem a cópia quase integral. E, aqui, a situação se equipara ao cabeçalho do §107 que prevê a aplicação do *fair use* quando o propósito do trabalho é comentar a obra copiada.

Por fim, o efeito do uso no potencial mercado da obra é inclusive benéfico, pois além desses vídeos não serem concorrência às empresas que fabricam e vendem jogos e consoles, os “jogadores virtuais” fazem publicidade do jogo que estão jogando, de modo que o valor das obras nesse mercado pode até aumentar. Algumas sociedades empresárias como a *Sony Computer Entertainment* estimulam essa prática, com o lançamento de facilitadores de upload e outros, enquanto outras condenam-na, como a *Sega Games Co., Ltd.*, que exigiu a remoção de imagens de sua série de jogos, *Shining Force*, do YouTube<sup>357</sup>.

Essa análise final teve como objetivo elucidar a aplicação do *fair use* quanto a questão audiovisual dos jogos eletrônicos, visto que não há demanda significativa nos tribunais. Ao contrário do que ocorre com o *fair use*, a *scenès à faire* e a *merger doctrine* são defesas recorrentes no campo do audiovisual de vídeo games.

---

<sup>355</sup> WAKKA, Wagner. Facebook lança ferramenta para transmissão direta de jogos na rede social. *CanalTech*, [s.l.], 19 mar. 2018. Disponível em: <https://canaltech.com.br/games/facebook-lanca-ferramenta-para-transmissao-direta-de-jogos-na-rede-social-110188/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

<sup>356</sup> RIBAUDO, Nicholas. YouTube, video games, and fair use: Nintendo’s copyright infringement battle with YouTube’s “Let’s Plays” and its potential chilling effects. *Berkeley Journal of Entertainment and Sports Law*, v. 6, i. 1, 2017. Disponível em: <https://scholarshi.p.law.berkeley.edu/bjesl/vol6/iss1/7/>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 127.

<sup>357</sup> TAYLOR JR., Ivan O. Video game, fair use and the internet: the plight of the let’s play. *Illinois Journal of Lay, Technology & Policy*, n. 1, 2015. Disponível em: <http://illinoisjlt.p.com/journal/wp-content/uploads/2015/07/Taylor.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2019. p. 262.



A *Scènes à Faire Doctrine* e a *Merger Doctrine* são utilizadas como forma de separação entre os elementos que constituem ideia e os que constituem expressão<sup>358</sup>, mas são consideradas “doutrinas limitantes”<sup>359</sup>, motivo pelo qual optou-se por suas abordagens nesse subcapítulo.

A *Scènes à Faire Doctrine* foi elaborada pelo Juiz Leon Yankwich da *District Court of California*, no caso *Cain v. Universal Pictures Co.*<sup>360,361</sup>. James M. Cain escreveu um romance chamado *Serenade* e vendeu a história chamada *Modern Cinderella* para a ré *Universal Pictures*, que alterou a história, com a inclusão de partes novas, sendo lançado sob o nome *When Tomorrow Comes*. O autor da ação, James M Cain, ingressou com ação por violação de Direitos de Autor sobre o romance *Serenade*, especificamente sobre uma sequência de imagens que se passam em uma igreja<sup>362</sup>.

Ao julgar o caso, o Juiz Yankwich entendeu que “pequenos detalhes [...] são inerentes a própria situação. São o que os franceses chamam de ‘*scènes à faire*’”, afirmando que “[as] Cortes tem entendido repetidamente que tais similaridades e detalhes incidentais necessários para o ambiente ou padrão de uma ação não são material sobre o qual a originalidade protegível por Direitos de Autor consiste”<sup>363</sup>.

Em *Schwarz v. Universal Pictures Co.* o mesmo juiz afirmou que a *scènes à faire* refere-se a “cenas que devem ser feitas”, ou seja, cenas que são tão relacionadas a temática que não há como não serem feitas, ao adotar determinada temática, obriga-se a realizar determinadas cenas. Para TAMURA<sup>364</sup> são “cenas que são tão integrantes do enredo ou tema que surgem como consequência natural da expressão de um artista”.

Em *Alexander v. Haley (1978)*, a *United States District Court, S. D. New York* entendeu que a *scènes à faire* abrange “incidentes, personagens ou cenários que são de uma

<sup>358</sup> LOCKYER, Benjamin C.R. *Trying on Trade Dress: Using Trade Dress to Protect the Look and Feel of Video Games*. Disponível em: The John Marshall Review of Intellectual Property Law, 2017. p. 116.

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>360</sup> *Cain v. Universal Pictures Co.*, 47 F. Sup p. 1013 (S.D. Cal. 1942).

<sup>361</sup> SCHWARTZ, Krista S.; BAIM, Stacy A.; MAYERGOYZ, Sasha. Software and *scènes à faire*: a modest proposal for application of the doctrine in computer software case. *Copyright World*, i. 190, may 2009. Disponível em: <https://www.jonesday.com/files/Publication/913ab9f5-4eaf-4ba7-a305-116b11e903b3/Presentation/PublicationAttachment/6809cb5e-fe96-4218-8486-202e7a45a25a/011-013-CW-May09-Feat.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 11.

<sup>362</sup> *Cain v. Universal Pictures Co.*, 47 F. Sup p. 1013 (S.D. Cal. 1942).

<sup>363</sup> Courts have held repeatedly that such similarities and incidental details necessary to the environment or setting of an action are not the material of which copyrightable originality consists

<sup>364</sup> TAMURA, Don M. Copyright infringement: an argument for the elimination of the scenes a faire doctrine. *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, v. 5, i. 01, 1982. Disponível em: [https://repository.uchastings.edu/hastings\\_comm\\_ent\\_law\\_journal/vol5/iss1/8/](https://repository.uchastings.edu/hastings_comm_ent_law_journal/vol5/iss1/8/). Acesso em: 20 nov. 2019. p. 158.

forma prática indispensáveis, ou ao menos um padrão, na abordagem de um determinado tópico.”<sup>365</sup>

Como exemplo de temáticas e cenas ou detalhes intrinsecamente relacionados pode-se citar aqueles retirados do mundo real, de gêneros literários e de histórias. Como exemplo do primeiro podem ser citados os jogos eletrônicos de artes marciais, em que obrigatoriamente se utilizará chutes baixos, cambalhotas para frente e para trás, socos, e outros<sup>366</sup>.

Também são particularidades intrínsecas aos jogos de lutas a contagem regressiva de 30 (trinta) segundos antes do início de cada *round* e a barra de quantidade de vida na parte superior da tela. Como exemplo de gênero literário e histórico cita-se as figuras de Zeus, Athena, Ares e demais deuses mitológicos gregos, utilizados no jogo *God of War* e reconhecidos como fora do escopo de proteção dos Direitos de Autor por aplicação da *scènes à faire doctrine* no caso *Bissoon-Dath v. Sony Computer Entm't Am., Inc.*<sup>367</sup>,

O caso apontado pela doutrina como sendo o primeiro a tratar da *merger doctrine* é o *Frank Morrissey v. Procter & Gamble Co. (1967)*<sup>368</sup>. No caso, o autor, *Morrissey*, alegou violação dos seus Direitos de Autor sobre regra n. 01 de um conjunto de regras para um concurso promocional de vendas do tipo “sorteios” envolvendo os números de previdência social dos participantes, pelo réu *Procter & Gamble*.

Partindo do caso *Baker v. Selden*, em que ficou definido que o Direito de Autor sobre o livro não se estende às ideias contidas nele, a *United States Court of Appeals for the First Circuit* entendeu que a regra em questão está diretamente relacionada a substância do concurso, não sendo criativa, nem original. Na oportunidade foi afirmado que quando o assunto em discussão é muito limitado, de modo que necessariamente requer apenas uma forma de expressão ou apenas um número limitado, essa expressão não pode ser protegida. No caso, permitir a proteção significaria que uma parte deteria o direito autoral sob tais regras, de modo a impossibilitar o uso futuro da substância do concurso<sup>369</sup>. Assim, com base na *merger doctrine* não se pode proteger regras de jogos<sup>370</sup>.

<sup>365</sup> Alexander v. Haley, 460 F. Sup p. 40 (S.D.N. Y. 1978).

<sup>366</sup> CASTREE, Sam. *A problem old as pong: video game cloning and the proper bounds of video game copyright*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2322574>. Acesso em: 06 ago. 2019. p. 13.

<sup>367</sup> Bissoon-Dath v. Sony Computer Entm't Am. Inc., 653 F.3d 898 (2011).

<sup>368</sup> Frank Morrissey v. PROCTER & GAMBLE CO., 379 F.2d 675 (1st Cir. 1967).

<sup>369</sup> *Ibidem*.

<sup>370</sup> CASTREE, *op. cit.*, p. 05.

Quatro anos depois foi decidido o caso *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian* (1971)<sup>371</sup>, que se tornou um caso de referência sobre a doutrina em comento. O autor alegou violação de Direitos de Autor pela ré sobre um broche com design de uma abelha de ouro com brilhantes.

A *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* entendeu que a única semelhança entre os broches era que ambos tinham forma de abelha, mas os arranjos dos brilhantes e outros adornos – que eram o que conferia a originalidade à obra – eram diversos. Entenderam, assim, que se fosse reconhecida a violação de Direitos de Autor estaria sendo conferido um monopólio sobre a ideia de um broche de abelha, pois não há como fazer uma representação realista de uma abelha em um broche, sem usar uma abelha. Ou seja, só há uma forma de fazer um broche realista de uma abelha<sup>372</sup>. Dessa forma, somente a cópia literal da obra incorreria em violação de Direitos de Autor<sup>373</sup>.

Apesar de não constar de forma expressa, a *merger doctrine* está presente, pois, com explica DEAN<sup>374</sup>, como a Corte reconheceu que só há uma forma de expressar a ideia da abelha em um broche, ocorre a fusão (*merger*) entre a ideia (abelha) e a expressão (abelha), de modo que se tornam uma única definição.

No caso *Sid & Marty Krofft Television Prods. v. McDonald's Corp.*<sup>375</sup>, a *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* afirmou que “se, ao descrever como um trabalho é expressado, a descrição difere pouco da simples descrição do que é o trabalho, então a ideia e a expressão coincidem.”<sup>376</sup>

Assim, a *merger doctrine* é aplicada quando há um número limitado de formas de expressar uma ideia ou coisa<sup>377</sup>, tendo como consequência a possibilidade somente de proteção literal da obra, quando não for ela inteira uma única expressão da ideia<sup>378</sup>.

<sup>371</sup> *Herbert Rosenthal Jewelry Cor p. v. Kalpakian*, 446 F.2d 738 (9th Cir. 1971)

<sup>372</sup> VERMONT, Samsom. The sine qua non of copyright is uniqueness, not originality. *Texas Intellectual Property Law Journal*, v.327, p. 328-285, 2012. p. 346.

<sup>373</sup> GRABOWSKI JR., Theodore J. Copyright protection for video game programs and audiovisual displays; and – substantial similarity and the scope of audiovisual copyrights for video games. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, v. 3, p. 139-162, 1983. p. 152.

<sup>374</sup> DEAN, Drew S. Hitting reset: devising a new video game copyright regime. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, p. 1239-1280, 2016. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol164/iss5/4](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss5/4). Acesso em: 20 nov. 2019. p. 1256.

<sup>375</sup> *Sid & Marty Krofft Television Prods. v. McDonald's Cor p.*, 562 F.2d 1157, 1168 n. 10 (9th Cir. 1977).

<sup>376</sup> JONES, Richard H. The myth of the idea/expression dichotomy in copyright law. *Pace Law Review*, v. 10, i. 3, p. 551-607, Summer 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.pace.edu/plr/vol10/iss3/1/>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 576.

<sup>377</sup> LOCKYER, Benjamin C.R. *Trying on Trade Dress: Using Trade Dress to Protect the Look and Feel of Video Games*. Disponível em: *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, 2017. p. 116.

<sup>378</sup> Um broche cujo design copia uma abelha e tem como intuito fazer uma cópia realista é uma única forma de expressão e, portanto, se funde com a ideia. Mas, se esse broche possui outros elementos, dotados de originalidade, como posição de brilhantes e etc., pode então haver a proteção de sua literalidade.

O caso *Atari Inc. v. Amusement World Inc.*<sup>379</sup>, ilustra bem o entendimento das Cortes na década de 1980, de que a maioria dos elementos em um jogo eletrônico não é protegível em razão da *scènes à faire* e da *merger doctrine*<sup>380</sup>. No caso, a *District Court of D. Maryland* entendeu que todos os elementos do jogo *Asteroids* eram necessários em um jogo cuja ideia era uma nave espacial combatendo rochas espaciais, de modo que as semelhanças entre *Asteroids* e *Meteors* eram inevitáveis.

Nota-se a aplicação da *scènes à faire doctrine* na medida em que a Corte arrolou como elementos essenciais para o gênero (i) rotação e movimentação da aeronave; (ii) possibilidade de disparar armas; (iii) mais de um tamanho de rocha; (iv) as rochas não podem se dividir em muitos pedaços, dentre outros. Todos esses elementos são “cenas que devem ser feitas” para se ter um jogo com a ideia de uma nave espacial combatendo rochas espaciais<sup>381</sup>.

A *merger doctrine* também está presente, mesmo que não tenha sido adotada de forma expressa, pois a Corte afirmou que demandas técnicas limitavam a variedade de expressões que poderiam advir da ideia em questão<sup>382</sup>. Com a aplicação dessas doutrinas da forma apresentada, a proteção aos jogos eletrônicos é muito pequena, possibilitando a proliferação de clones, na medida em que protege apenas os elementos individuais do jogo e a expressão imediata<sup>383</sup>.

Aproveitando-se desse cenário de pouca proteção aos Direitos de Autor a *United States District Court for the District of New Jersey* julgou o caso *Tetris Holding LLC and The Tetris Company LLC v. Xio Interactive Inc.* (2012), no qual o réu admitiu expressamente que havia copiado o jogo de propriedade do autor, mas somente os elementos não protegíveis, conforme já referido nesse subcapítulo.

<sup>379</sup> *Atari, Inc. v. Amusement World, Inc.*, 547 F. Sup p. 222 (D. Md. 1981).

<sup>380</sup> LOCKYER, Benjamin C.R. *Trying on Trade Dress: Using Trade Dress to Protect the Look and Feel of Video Games*. Disponível em: The John Marshall Review of Intellectual Property Law, 2017. p. 116.

<sup>381</sup> “There are, as noted supra, a number of similarities in the design features of the two games. However, the Court finds that most of these similarities are inevitable, given the requirements of the idea of a game involving a spaceship combatting space rocks and given the technical demands of the medium of a video game. There are certain forms of expression that one must necessarily use in designing a video game in which a player fights his way through space rocks and enemy spaceships. The player must be able to rotate and move his craft. All the spaceships must be able to fire weapons which can destroy targets. The game must be easy at first and gradually get harder, so that bad players are not frustrated and good ones are challenged. Therefore, the rocks must move faster as the game progresses. In order for the game to look at all realistic, there must be more than one size of rock. Rocks cannot split into very many pieces, or else the screen would quickly become filled with rocks and the player would lose too quickly. All video games have characteristic sounds and symbols designed to increase the sensation of action. The player must be awarded points for destroying objects, based on the degree of difficulty involved.” Cf. *Atari, Inc. v. Amusement World, Inc.*, 547 F. Sup p. 222 (D. Md. 1981).

<sup>382</sup> DEAN, Drew S. Hitting reset: devising a new video game copyright regime. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, p. 1239-1280, 2016. Disponível em: [https://scholarshi.p.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/voll64/iss5/4](https://scholarshi.p.law.upenn.edu/penn_law_review/voll64/iss5/4). Acesso em: 20 nov. 2019. p. 1260.

<sup>383</sup> LOCKYER, *op. cit.*, p. 113.

Com relação a *merger doctrine* e ao argumento de Xio de que regras de jogo e elementos funcionais não são protegíveis, a Corte esclareceu que quase todos os elementos expressivos de um jogo são relacionados, de alguma forma, com as regras e funções do jogo<sup>384</sup> e que, a não ser que a expressão seja tão inseparável da ideia que somente haja uma forma ou poucas formas de expressá-la, a expressão de uma regra é protegível por Direitos de Autor. Assim Tetris tem Direitos de Autor sobre as expressões que escolheu utilizar.

CASILLAS<sup>385</sup> utiliza como exemplo de outra forma de expressão das regras do jogo *Tetris*, o jogo Dr. Mario, de propriedade da *Nintendo*. A *Tetris* ingressou com ação de violação de Direitos de Autor em face de *Nintendo*, mas, no caso, em que pese a *Nintendo* ter descrito o jogo como uma “variação das regras de Tetris” a expressão dessas regras era demasiadamente diversa. Por exemplo, ao invés de uma espécie de tijolo como objeto a ser encaixado, no Dr. Mário tais objetos eram pílulas e vírus.

Retornando ao *Tetris v Xio*, o que foi extremamente prejudicial foi o depoimento do especialista da *Xio*, que afirmou que existia um número quase ilimitado de formas de expressar as regras do jogo<sup>386</sup>.

A Corte entendeu que o jogo *Tetris* é totalmente fantasioso, sem equivalente no mundo real, de modo que não há cenas ou imagens que devam ser incluídas e, portanto, a *scènes à faire doctrine* não tem aplicabilidade no caso. Além do já apresentado, a Corte entendeu que com o avanço da tecnologia, cada vez menos existem limites tecnológicos para designs e gráficos<sup>387</sup>.

Com base nessas explicações, a Corte entendeu que (i) as dimensões do campo virtual de jogo; (ii) a exibição das linhas “lixo”; (iii) a exibição da sombra das peças; e (iv) a exibição da próxima peça a cair, são todos elementos protegidos pelo direito autoral.

CASTREE<sup>388</sup> faz algumas críticas quanto a decisão. Primeiramente explica que há somente um número limitado de dimensões disponíveis para o campo virtual de jogo, caso contrário o jogo torna-se impossível (dimensão menor que 8x8 quadrados) ou desinteressante (a partir de 50x50 quadrados). Quando a exibição das sombras das peças e da próxima peça a

<sup>384</sup> “[...] almost all expressive elements of a game are related in some way to the rules and functions of game play.” Cf. TETRIS HOLDING, LLC et al v. XIO INTERACTIVE, No. 3:2009cv06115. 2012.

<sup>385</sup> CASILLAS, Brian. Attack of the clones: copyright protection for video game developers. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, n. 33, v. 137, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol33/iss2/2>. Acesso em: 20 nov. 2019. p. 162.

<sup>386</sup> DEAN, Drew S. Hitting reset: devising a new video game copyright regime. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, p. 1239-1280, 2016. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol164/iss5/4](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss5/4). Acesso em: 20 nov. 2019. p. 1265.

<sup>387</sup> *Ibidem*, p. 1266.

<sup>388</sup> CASTREE, Sam. *A problem old as pong: video game cloning and the proper bounds of video game copyright*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2322574>. Acesso em: 06 ago. 2019. p. 149.

cair, o autor afirma que se trata de ideia que não tem como ser expressada a não ser mostrando a sombra das peças e a próxima peça a cair, como é feito em *Tetris*. Por fim, afirmou que as linhas “lixo” são uma regra, da mesma forma que “capturar um peão em um jogo de xadrez”. Nesse sentido, para o autor, todos os elementos protegidos não deveriam ter assim sido, em razão da aplicação da *merger doctrine*.

De fato, é coerente a exposição quanto às dimensões do campo virtual de jogo, mas, apesar de concordar com o resultado, não se concorda com o fundamento utilizado nas demais explicações. A proteção das sombras das peças, a próxima peça a cair e as linhas “lixo”, refere-se a expressão dessas regras, que não possuem somente uma forma de apresentação. Contudo, é flagrante a limitação dessas formas de apresentação, o que também acarretaria na incidência da *merger doctrine*.

## 2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Seguindo o mesmo raciocínio estrutural do primeiro capítulo, o subcapítulo 2.1. tratou do desenvolvimento histórico legislativo dos institutos da originalidade, ideia/expressão, fixação e formalidades. Conforme visto, seguindo a linha da *common law*, a originalidade e a dicotomia ideia/expressão foram construções da Suprema Corte, em casos julgados nos anos de 1828 e 1879, sendo positivados em 1976 e 1909, respectivamente.

A fixação sempre foi um elemento essencial, mesmo que de forma implícita, permanecendo até a atualidade. As formalidades foram exigidas desde o primeiro *Copyright Act*, datado de 1790, sendo gradualmente reduzidas até que, com a adesão à Convenção de Berna, deixaram de ser obrigatórias à estrangeiros, sendo exigidas somente de nacionais para proposição de ações de indenização por violação de direitos autorais, mas não para o reconhecimento da proteção.

A partir dessa análise, foi tratado o requisito da originalidade no subcapítulo 2.2. Como relatado, houve três grandes momentos da definição de originalidade. O primeiro, a partir do julgamento do caso *Blunt v. Patten* (1828), que entendeu a originalidade como a não cópia, devendo os Direitos de Autor funcionar como uma recompensa ao trabalho e a habilidade (*sweat of the brow doctrine*). Em um segundo momento, com o julgamento do caso *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co* (1903), a originalidade passou a ser tratada como a não cópia dotada de valor econômico, apesar da decisão ter referido a personalidade do autor.

Por fim, o julgamento do caso *Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.* (1991), a originalidade passou a ser compreendida como a não cópia (criação independente)

acrescida de um mínimo de criatividade. Nesse julgamento houve o rompimento total com a *sweat of the brow doctrine* e adotando a *creative selection doctrine*.

No subcapítulo 2.3. foram abordadas as discussões referentes à expressão e fixação das ideias. Foi identificada a existência de pelo menos 03 (três) testes utilizados para a tentativa de definir os elementos protegíveis, muito utilizados quando *softwares* estão envolvidos na discussão. Apesar das particularidades, todos os testes têm como objetivo central separar a expressão protegível dos elementos não protegíveis e então avaliar se há similaridade substancial.

Com relação à expressão, a Suprema Corte estadunidense já definiu que um elemento relacionado às regras do jogo ou seus aspectos funcionais, se for original, pode ser protegido e que há proteção autoral de personagens e papéis desempenhados pelos jogadores.

No que se refere à fixação, há decisões de cortes distritais que entendem que a expressão em *Read-Only Memory (ROM)* e em *Random Access Memory (RAM)* são suficientemente fixadas, assim como trabalhos audiovisuais estão fixados nos dispositivos de memória do jogo, por isso jogos eletrônicos atendem o requisito da fixação. Contudo, ainda não há decisão da Suprema Corte estadunidense quanto a temática.

Por fim, no subcapítulo 2.4. foi explicado o objetivo do *fair use* e sua relação direta com o não proveito comercial e a promoção do progresso da aprendizagem. Com base nessas premissas foi apresentada decisão que entendeu pela não ocorrência de violação aos Direitos de Autor no caso de a engenharia reversa ser a única forma de ter acesso as ideias e elementos funcionais de um programa de computador.

Quanto à *scènes à faire*, foi explicado tratar-se de cenas que devem ser feitas, de modo que incidentes, personagens ou cenários que são de uma forma prática indispensáveis, ou ao menos padrão na abordagem de determinado tópico, não podem ser protegidos. Nesse sentido, foi apresentada decisão segundo a qual quanto mais fantasioso for o jogo mais difícil é a aplicação dessa doutrina.

Foi explicado que segundo a *merger doctrine*, quando só há uma forma de expressão ou um número limitado de formas, essa expressão não pode ser protegida, sob pena de se monopolizar uma ideia. Nesse sentido, foi apresentada decisão que entendeu que a expressão de regras é protegida por Direito de Autor, salvo se só puderem ser expressadas de uma forma ou em um número limitado de formas.

### 3 JOGOS ELETRÔNICOS NO BRASIL: ESTUDO DE CASO

#### 3.1 ZYNGA INC. V. VOSTU PARTICIPAÇÕES DO BRASIL LTDA.

Esse capítulo visa a analisar o único processo encontrado nos Tribunais brasileiros que discute conflito de direitos autorais de jogos eletrônicos entre uma sociedade empresária brasileira e uma estadunidense. Contudo, não houve julgamento do mérito do processo. Foi firmado acordo entre as partes, cujos termos não foram apresentados no processo.

A importância desse caso está no fato de ser o único processo encontrado que discute violação de Direitos de Autor sob elementos visuais em jogo eletrônico. Sua relevância é reforçada por envolver empresa estadunidense e brasileira, que desenvolveram os jogos em questão em países diferentes, sob a égide de leis diversas. Assim, será possível identificar ilustrar eventuais diferenças de proteção entre os ordenamentos em questão.

*Zynga Inc.* empresa estadunidense, titular dos jogos eletrônicos *CityVille*, *PetVille*, *Café Word* e *Zynga Poker*, ajuizou ação em face de *Vostu Participações do Brasil Ltda.*, sociedade empresária brasileira, *Vostu LTD.* e *Vostu USA INC.*, sociedades empresárias estadunidenses, titulares dos jogos eletrônicos *Vostu Mega City*, *Vostu Café Mania*, *Vostu Pet Mania* e *Vostu Poker*, alegando concorrência desleal e violação de direitos autorais.

Os jogos *CityVille (Zynga)* e *Mega City (Vostu)* tem como objetivo a construção e gerenciamento de cidades, desenvolvendo sua estrutura física e social. Os jogos *PetVille (zynga)* e *Pet Mania (Vostu)* tem como objetivo a criação de animais e cuidados a estes, como banho e vestuário.

Na mesma linha dos dois jogos comentados acima, o *CaféWorld (Zynga)* e o *Café Mania (Vostu)* destinam-se a criação e administração de cafés, com a elaboração de pratos que serão servidos. Por fim, os jogos *Zynga Poker (Zynga)* e *Vostu Poker (Vostu)* seguem as regras a variantes do jogo *Texas Hold'em*. Todos os jogos em discussão permitem a interação social entres os usuários por intermédio de seus *avatares*.

*Zynga* requereu liminarmente a determinação do juízo para que *Vostu* cessasse qualquer uso, exibição, edição, reprodução, distribuição, venda, oferecimento à venda, veiculação ou disponibilização dos jogos supra indicados, sob pena de multa diária de R\$100.000,00 (cem mil reais). Fundamentou o pedido com base na alegação de cópia dos elementos gráficos, textuais, interfaces e jogabilidade, apresentando no corpo da petição inicial algumas comparações entre os jogos.

Para tanto, anexou parecer técnico de um grupo de especialistas em jogos eletrônicos do Departamento de Informática da Pontifícia Universidade Católica do Rio de



Janeiro (PUC-Rio), e de quatro juristas atuantes na área de direitos autorais, quais sejam Manoel Joaquim Pereira dos Santos, Denis Borges Barbosa, Eduardo Lycurgo Leite e Nelida Jazbik Jessen.

A liminar foi deferida em primeiro grau, determinando à ré o cessamento das atividades no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Em sede de Agravo de Instrumento foi determinada a suspensão dos efeitos da decisão de primeiro grau até o julgamento do mérito do Agravo. Foi feito acordo, restando prejudicado o julgamento do recurso.

Nesse ínterim as rés contestaram a inicial e apresentaram reconvenção. Nas contestações afirmaram que não há a similaridade apontada na inicial e que os elementos gráficos que se assemelham não são protegidos por direito de autor em razão da ausência de originalidade. Alegaram que a interface não é passível de proteção autoral por ser característica funcional necessária; a ausência de violação da lei 9.609/98 (Lei do Software) por inexistência de cópia dos códigos-fonte; e a não caracterização de concorrência desleal por inexistência de ato ilícito pelas rés e de confusão pelos consumidores. Anexaram no processo parecer técnico de Paulo Marcos Rodrigues Brancher e de Guilherme Carboni.

Em sede de reconvenção foi alegado prática de infração à ordem econômica, concorrência desleal, abuso de direito e violação à boa-fé objetiva pela *Zynga*, em razão de acontecimentos durante as tratativas entre as partes para formação de *joint venture* ou possível aquisição da *Vostu* pela *Zynga*. Ambas as partes trouxeram mídia digital a qual não se pôde ter acesso, portanto a análise se deterá às imagens apresentadas no processo.

Como o presente estudo é focado na análise dos direitos de autor, especificamente na obra audiovisual, será excluído, portanto, a análise dos códigos fonte e objeto, as alegações de concorrência desleal, de infração à ordem econômica, de abuso de direito e de violação à boa-fé objetiva. Dessa forma, cada jogo será analisado de forma individualizada, a partir do parecer de Manoel Joaquim Pereira dos Santos, pois a argumentação apresentada por este engloba a exposta nos pareceres de Lycurgo Leite e de Nelida Jesse. Quanto ao parecer de Denis Borges Barbosa, este é focado exclusivamente na análise concorrencial, o que não é objeto de estudo nesse trabalho.

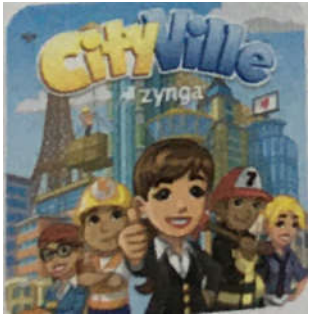

### **3.1.1 CityVille (Zynga) v. MegaCity (Vostu)**

Como já informado a análise crítica terá por base o parecer de Manoel Joaquim Pereira dos Santos, que utilizou como referência para a análise de violação de direitos de autor

as mesmas fotos utilizadas por Denis Barbosa em sua análise concorrencial. É necessário ressaltar tratarem-se de temáticas consideravelmente diferentes, apesar de inter-relacionadas.

O parecer em questão tem início com a análise dos jogos *CityVille* e *MegaCity*. O primeiro elemento indicado é o ícone de apresentação dos jogos e sua descrição. Segundo o parecerista em comento, a *Vostu* teria se utilizado das mesmas características e da mesma mensagem básica, conforme quadro comparativo abaixo.

Quadro 2 – Comparativo entre ícones de apresentação de jogo e descritivos dos jogos.

Zynga CityVille	Vostu MegaCity
	
<p>“Construa e cuide de sua cidade em CityVille. Depois de limpar o terreno, o planejador o ajudará a construir uma grande metrópole. Modernize e construa casas para seus habitantes, coloque decorações para aumentar o valor das propriedades, plante e colha para os restaurantes e importe produtos para as lojas. Comercialize com vizinhos via barcos e trens e construa um império comercial.”</p>	<p>“Construa a cidade dos seus sonhos com seus amigos! Faça negócios brilhantes, inove na decoração, e conquiste os cidadãos mais influentes criando bairros exclusivos e transformando sua praia no point do momento! Você está pronto para governar? Jogue no Orkut!”</p>

Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

Conforme visto no subcapítulo 2.3 o *Abstraction-Filtration-Comparison Test* (AFC) é o teste que melhor se adequa às análises de violação autoral. Portanto, a ideia será abstraída, os resultados serão filtrados, separando os elementos protegidos, para posterior comparação.

Inicialmente deve ser abstraída a ideia de sua expressão, de modo que se tenha como ideia a reprodução de uma cidade e, como expressão os elementos da figura. As características empregadas pela *Zynga* são: fundo azul e branco reproduzindo o céu, com prédios diversificados e bem nítidos, e à frente, três *avatars* vestidos com roupas características de executiva, bombeiro e operário e outros dois que se parecem com estudantes, com o nome do jogo, em grandes letras nas cores amarelo e azul, e da sociedade empresária proprietária do jogo, em pequenas letras brancas.

Em contrapartida, as características empregadas pela *Vostu* são: fundo azul com prédios variados e pouco nítidos, quase que englobados por um círculo amarelo-claro, possivelmente simulando o sol, e à frente o nome do jogo em grandes letras amarelas.

Em seguida deve-se filtrar os elementos protegíveis. Com base no que foi visto no subcapítulo 1.2., a originalidade exigida pelo direito autoral brasileiro é aquela dotada de novidade objetiva e um mínimo de criatividade, estando a individualidade sempre presente nesse mínimo criativo, não a considerando como elemento autônomo.

O primeiro elemento que compõe o requisito originalidade que deve ser abordado é novidade objetiva. Conforme visto, só é novo aquilo que foi criado quando não existia um igual, não sendo exigida novidade absoluta. Analisando os elementos isolados, verifica-se que o ícone da *Zynga* apresenta prédios em formatos comuns e retratações de prédios turísticos existentes na realidade, como a Torre Eiffel, por exemplo.

No caso de prédios turísticos que reproduzem a realidade não há novidade objetiva, pois o prédio já existe. Os demais prédios foram desenhados com forma comum, de modo que também acabam representando prédios que já existem na realidade. Assim, são criações que reproduzem algo que já existe, de modo que estão desprovidos de novidade objetiva e, conseqüentemente de originalidade.

Com relação ao céu azul, também analisando somente o ícone da *Zynga*, não há novidade objetiva, pois trata-se de forma comum de expressão. Ainda, deve-se ter em mente que só há um número limitado de forma de reproduzir um céu com nuvens.

Conforme visto no subcapítulo 1.3., não se encontrou decisão brasileira no mesmo sentido da *merger doctrine* estadunidense, havendo somente previsão na Lei 9.609/98 quanto a não violação de direito de autor quando houver limitação de forma alternativa de expressão. Dessa forma, a imagem na tela deve ter relação com a programação para ser possível a aplicação do referido artigo.

Utilizando o céu azul do jogo em comento para exemplificar, o céu pode ter sido programado diretamente na programação do jogo (cordoceu=azul) ou pode ter sido elaborado em *software* de arte e então, por intermédio de ferramentas específicas, ser convertido em código de programação<sup>389</sup>. Em ambos os casos a imagem será compilada em código binário, a diferença é que no primeiro caso a forma será ditada pela programação, enquanto que no segundo a forma ditará a programação. Portanto, é possível a aplicação do artigo 6º, III, da Lei 9.609/98, a ambos os casos.

---

<sup>389</sup> NOVAK, Jeannie. *Desenvolvimento de games*. Tradução de Pedro Cesar de Conti. São Paulo: Cengage Learning, 2017. p. 319.

De qualquer forma, a *merger doctrine* é fundamentada no raciocínio de que em havendo somente uma forma de expressar uma ideia ou um número muito limitado de formas de expressá-la, a ideia se fundirá com a sua expressão, de modo que conferir proteção a expressão equivalerá a proteger a ideia. Como o Direito de Autor não protege ideias, devendo ser aplicado como uma exceção a sua livre circulação, somado ao entendimento de que o rol do artigo 46 da Lei 9.610/98 é exemplificativo, não há prejuízo algum em se adotar a referida doutrina. Pelo contrário, a adoção da *merger doctrine* está em perfeita consonância com a lei 9.610/98 e doutrina autoralista brasileira.

O exposto justifica a aplicação da limitação prevista no inciso III, art. 6º da Lei 9.609/98, que encontra equivalente na *merger doctrine* estadunidense. Como o céu só pode ser expressado em um número limitado de formas, não se pode conferir proteção autoral a expressão utilizada no ícone em comento sob pena de conferência de direito de autor à ideia. Esse deve ser o entendimento com base na legislação brasileira e doutrina estadunidense.

Os únicos elementos nos quais é possível reconhecer novidade objetiva referem-se aos *avatares* utilizados pela *Zynga* Contudo, não há *avatares* no ícone da *Vostu*, portanto não há o que ser comparado. Dessa forma, fica evidente a ausência de violação de direitos de autor no que se refere ao ícone.

Importante ressaltar que a disposição original de elementos comuns somente confere proteção à disposição e não aos elementos comuns, havendo proteção somente da cópia idêntica. No caso em comento isso não ocorre, pois no jogo da *Zynga* há *avatares* dispostos em frente a um fundo de prédios nítidos sob o céu azul, que surgem da parte de baixo do ícone, com o nome do jogo na parte superior nas cores azul e amarelo, enquanto que no jogo da *Vostu* não há *avatares*, tão somente prédios, em sua maioria não nítidos, centralizados em um fundo totalmente azul, com um círculo amarelo claro. Ou seja, a disposição original de cada ícone não é replicada pelo outro.

Quanto à descrição dos jogos, tratando-se ambos construção de cidades, é necessário que ambas as descrições façam referência à construção e ao comércio. O que atrai a proteção autoral é a forma com que essas referências serão feitas. A *Zynga* optou por um texto focado no comércio, na medida em que ressalta “plante e colha para restaurantes”, “importe produtos” e “comercialize com vizinhos via barco, trens e construa um império”, enquanto a *Vostu* apresenta um texto mais focado na construção, haja vista que escreve “crie bairros exclusivos”, “transforme a praia em um point” e “conquiste cidadãos influentes”.

Como a literalidade do texto não é copiada, assim como o enfoque trazido é diverso, acrescido à necessidade de referência a construção e comércio em razão do tipo de jogo, não é possível identificar violação de Direito de Autor.

Em seguida o parecerista afirma que a *Zynga* teria utilizado uma mecânica diferente dos demais jogos pré-existentes no mercado de jogos sociais, a qual foi replicada pela *Vostu*. Ressaltou também que “o que importa é a semelhança dos elementos estruturais da obra audiovisual, incluindo a interface multimídia”, passando a apontar o que entenderia como “aspectos que caracterizam o plágio”.

Conforme visto no subcapítulo 1.4. a interface pode ser visual ou manual. A visual, que é a relevante para o presente estudo, pode ser entendida como os recursos que aparecem na tela para informar ao jogador sobre quaisquer informações relevantes quanto ao que o jogador pode ou não fazer<sup>390</sup>. Portanto, possui caráter funcional.

No mesmo subcapítulo foi referida a decisão proferida pela *US District Court for the District of New Jersey*, no caso *Tetris Holding LLC and The Tetris Company LLC v. Xio Interactive Inc*, que reconheceu a possibilidade de proteção das expressões dos elementos funcionais dos jogos.

A Lei 9.609/98 não reconhece ofensa ao direito de autor oriunda de semelhança existente em razão de características funcionais ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão. Apesar de não haver discordância da decisão estadunidense, como será demonstrado ao longo da análise dos jogos propostos para estudo, as semelhanças entre as interfaces decorrem das características funcionais, justamente por isso possuem limitação de forma alternativa de expressão.

Com relação a ambientação do jogo, o parecerista apresentou as imagens a seguir, referindo que os jogos têm “a mesma cor, o mesmo tipo de ícone e a mesma forma de disposição e conteúdo”.

Quadro 3 – Comparativo de telas para montagem da cidade

<b>Zynga CityVille</b>	<b>Vostu MegaCity</b>
------------------------	-----------------------

<sup>390</sup> NOVAK, Jeannie. *Desenvolvimento de games*. Tradução de Pedro Cesar de Conti. São Paulo: Cengage Learning, 2017. p. 239.



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

O primeiro desafio fica posto ao aplicar a etapa inicial do AFC *test*, que consiste na separação entre ideia e expressão. Analisando as imagens, é possível constatar que a Zynga utilizou a cor verde para colorir os gramados e cinza para colorir as ruas, cores que imitam a realidade. Por ser uma imitação da realidade, o número de formas disponíveis de expressão é limitado, de modo que a expressão de uma rua que objetiva reproduzir a realidade, necessariamente será nas cores cinza ou preta, assim como a grama, que será expressada na cor verde.

Assim, a ideia de gramado e ruas acaba se fundindo com a sua expressão, de modo que conferir proteção às formas de expressão das ruas e gramado quanto às cores é conferir proteção a ideia de ruas cinzas e gramados verdes. Como visto, esse é o exemplo típico de limitação de forma alternativa de expressão e, portanto, aplicação do artigo 6º, III, da Lei 9.609/98, que encontra correspondente na *merger doctrine* estadunidense, conforme visto nos subcapítulos 1.4. e 2.4.

É dizer, tanto no ordenamento estadunidense quanto no brasileiro, as imagens em comento não violam direitos autorais, no que se refere às cores empregadas.

Com relação à disposição das ruas, que formam quadras, também se está diante de possibilidades limitadas de expressão, visto que se objetiva a reprodução da disposição de ruas que se assemelhem a realidade vivida pelo usuário. Além da aplicação do inciso III, artigo 6º, da Lei 9.609/98, e a *merger doctrine*, essa disposição de ruas e quadras carece de novidade objetiva.

Conforme as imagens apresentadas pela *Vostu*, a forma de repartição das ruas vista anteriormente é adotada por pelo menos outros 04 (quatro) jogos, além dos dois ora em comparação, o que demonstra a ausência de novidade objetiva. Na ausência de novidade

objetiva a obra carece de originalidade e, portanto, não merece proteção autoral. O que é trazido somente para corroborar a aplicação do inciso III, art. 6º da Lei 9.609/98.

Figura 1 – Comparativo entre telas de montagem da cidade de jogos diferentes



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

Entretanto, a disposição das ruas nos moldes feitos pela Zynga e pela Vostu, assim como as cores adotadas, são elementos de uso comum e necessários para a representação de ruas e gramados reais, evidenciando a forma limitada de expressão alternativa desses elementos. Portanto, é aplicável a limitação prevista no inciso III, art. 6º da Lei 9.609/98, bem como o seu correspondente estadunidense, *merger doctrine*, nos termos do estudado nos subcapítulos 1.4. e 2.4..

Ainda, conforme estudado no subcapítulo 1.4, obras que não possuem proteção devem ser consideradas obras em domínio público e, portanto, de livre uso e circulação. Esse é o caso das expressões supra comentadas e da disposição dessas expressões.

É prudente demonstrar que, conforme o jogo vai sendo desenvolvido pelo jogador, tais ruas e quadras tomam proporções diferentes. Conforme apresentado a seguir:

Quadro 4 – Comparativo de telas com imagem panorâmica da cidade

Zynga CityVille	Vostu MegaCity
-----------------	----------------



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

Os próximos itens do jogo analisado foram a barra de status e o menu de construção, no que se refere a padrões de cor e ícone. Quanto à barra de status, é possível perceber que os ícones e cores são quase idênticos.

Quadro 5 – Comparativo de barras de *status*

Zynga CityVille	Vostu MegaCity



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

A barra de *status* pode ser considerada como um recurso que aparece na tela para informar o jogador, pois apresenta a quantidade de dinheiro que o usuário tem disponível, a sua energia e outros. Assim sendo, a barra de *status* é um elemento da interface do jogo e, portanto, funcional. Na linha do entendimento expresso na decisão do caso *Tetris Holding LLC and The Tetris Company LLC v. Xio Interactive Inc*, deve ser analisada sua expressão para fins de conferência ou não de proteção autoral.

Antes de adentrar a análise das expressões do elemento em questão, ao analisar as imagens a seguir, é possível perceber que jogos sociais têm como padrão a utilização de barras de *status*, diferenciando-se pela forma de expressão dos elementos contidos nessa barra.



Quadro 6 – Comparativo de barras de *status*

The Sims Social	The Ville
	

Fonte: BARROS, Thiago. Versão de “The Sims” para Facebook já tem mais de 7 milhões de jogadores. *TechTudo*, [s.l.], 23 ago. 2011. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2011/08/versao-de-sims-para-facebook-ja-tem-mais-de-7-milhoes-de-jogadores.html>. Acesso em: 20 nov. 2019; JOSÉ, Dario. Os melhores jogos para Facebook de 2012. *TechTudo*, [s.l.], 22 ago. 2012. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2012/08/os-melhores-jogos-para-facebook-de-2012.html>. Acesso em: 20 nov. 2019.

Assim, a barra de *status* se enquadra na definição de *scènes à faire*, vista no subcapítulo 2.4. e aplicada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. O Tribunal não citou expressamente o nome dessa doutrina ou fez qualquer referência ao ordenamento estadunidense, na decisão apresentada no subcapítulo 1.3.

Considerando que a barra de vida em jogos de luta não é protegida em razão da aplicação da *scènes à faire doctrine*, conforme subcapítulo 2.4., a barra de *status* dos jogos sociais também não o deve ser. Isso ocorre em razão de ambas possuírem a mesma função, no seu respectivo jogo, e aparecerem com a mesma frequência nos respectivos gêneros. Em razão da aplicação da referida doutrina, a barra não será analisada quanto à disposição dos elementos.

Com relação especificamente aos ícones, é encontrada a mesma dificuldade trabalhada anteriormente ao separar a ideia de ruas e gramados de sua expressão. Como visto, existe um número limitado de formas de expressar ruas e gramados de modo que representem ruas e gramados reais. Isso ocorre com a expressão dos ícones utilizados nas barras de *status* dos jogos em comento.

Como é possível verificar a partir das duas imagens dos jogos *The Sims Social* e *The Ville* em comparação com os jogos objeto de estudo, existe um número muito limitado de formas de expressão de moeda, dinheiro e energia. A expressão de moedas através de círculos dourados com um cifrão ou de dinheiro através de retângulos na cor verde, com arte semelhante ao dólar, envoltos por um suposto atilho, por exemplo, são representações comuns e necessárias.

Foi visto que o inciso III, art. 6º da Lei 9.609/98 prevê a não violação aos direitos do titular de programa de computador quando a semelhança entre programas se der em razão de características funcionais, “da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão”. Como apresentado anteriormente, todas

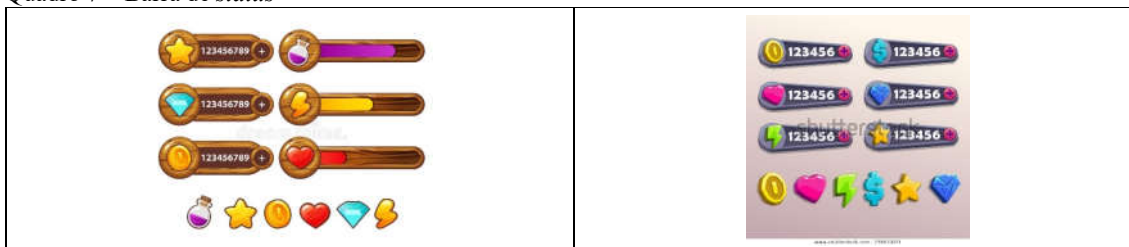
as expressões em um *video game* estão atreladas a um código-fonte ou código-objeto e, portanto, pode ser aplicado o referido inciso aos ícones em comento.

Assim, conforme recém demonstrado, os ícones que constam na barra de *status* possuem limitação de forma alternativa de expressão, devendo ser aplicado o inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98, que encontra semelhante previsão no ordenamento estadunidense – *merger doctrine*.

Por fim, tais elementos carecem de novidade objetiva, requisito integrante do conceito de criação que, conforme o entendimento adotado nesse trabalho, equivale à originalidade.

Tais elementos são tão comuns que qualquer site de disponibilização de vetores, inclusive de forma gratuita, possui tais expressões. A título exemplificativo:

Quadro 7 – Barra de *status*



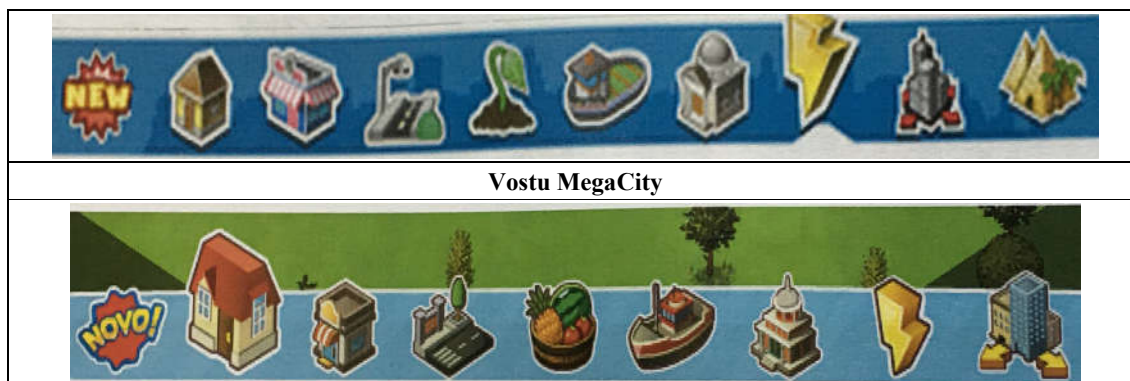
Fonte: Dreamstime: <https://bit.ly/2XDqCKF>; Shutterstock: <https://shutr.bz/34cy9IX>.

A mesma problemática trabalhada anteriormente é encontrada no menu de construção. Inicialmente, é possível constatar que referido menu é um recurso que aparece na tela para informar o jogador e, portanto, é integrante da interface do jogo, elemento funcional. Contudo, como já visto, esse enquadramento como elemento funcional não deve ser entendido como suficiente para afastar a proteção do Direito de Autor incidente sob o elemento visual.

Para separar os elementos protegíveis é necessária a aplicação do *AFC test*. Assim, primeiramente, ao abstrair a ideia é possível identificar a ideia de casa, lanchonete, rua, plantação, barco, rotação de prédios e energia, bem como a expressão de cada uma na referida barra. No jogo da *Zynga* a casa aparece com teto e portas na cor marrom e paredes amarelo, enquanto que na *Vostu* a casa tem teto vermelho, porta marrom e paredes amarelo claro, quase brancas, em tamanho maior se comparado com a da *Zynga*.

Quadro 8 – Comparativo de barras de menu

<b>Zynga CityVille</b>
------------------------

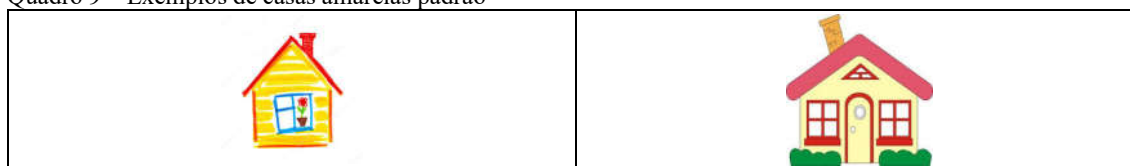


Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

O segundo passo do teste consiste na filtragem dos elementos protegíveis. Para identificar tais elementos é necessário aplicar a definição de originalidade estudada anteriormente, segundo a qual a originalidade equivale à criação, que será sempre dotada de um mínimo de criatividade e novidade objetiva, sendo que a criatividade sempre conterà individualidade<sup>391</sup>.

Tendo o primeiro ícone como exemplo, como descrito preteritamente, em comparação às imagens apresentadas a seguir, é possível concluir que inexiste novidade objetiva.

Quadro 9 – Exemplos de casas amarelas padrão



Fonte: <https://www.shutterstock.com/image-vector/childlike-drawing-house-vector-illustration-isolated-213196324>; <https://www.varagesale.com/i/uuc6j282-1-bed-basement-suite-ladner>

O mesmo ocorre com os demais ícones integrantes do menu, à exceção do raio. Como já foi explicado, o ícone representado pelo raio refere-se à energia e possui um número limitado de formas alternativas de expressão. Sendo assim, para o ícone raio é possível a aplicação do inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98 e seu equivalente estadunidense – *merger doctrine*.

Ainda analisando os elementos de forma isolada, deve ser considerado o ordenamento estadunidense quanto à proteção de tais ícones (com exceção do raio pelos motivos já expostos). Conseqüentemente, é necessário analisar a originalidade desses

<sup>391</sup> Originalidade = criação [mínimo de criatividade (individualidade) + novidade objetiva].

elementos que, como estudado no subcapítulo 2.2., consiste em não cópia dotada de um mínimo de originalidade.

Para ser definida a existência ou não de cópia, os julgadores estadunidenses têm analisado a possibilidade de que alguém envolvido com o desenvolvimento do jogo que supostamente copiou elementos de outro, teve acesso prévio ao jogo copiado<sup>392</sup>. No processo consta que *Zynga* e *Vostu* estiveram em tratativas, entre os meses de agosto de 2010 e fevereiro de 2011, quanto a uma possível aquisição desta por aquela ou simples parceria para viabilizar o ingresso da *Zynga* no mercado brasileiro.

Em razão desse contato e troca de informações, acrescido às datas de lançamento dos respectivos jogos (*CityVille* em dezembro de 2010 e *MegaCity* em abril de 2011), é provável ter havido o acesso prévio pela *Vostu* à obra supostamente copiada.

O próximo requisito da doutrina estadunidense para configuração da originalidade necessária para conferência de proteção autoral é a existência de um mínimo de criatividade.

Como visto no subcapítulo 2.2., a Suprema Corte estadunidense reconheceu a existência de um mínimo de criatividade em trabalhos “grosseiros, humildes ou óbvios”. Tendo como base para análise da proteção dos ícones da barra de menu essa premissa, é possível concluir que, com base no entendimento da Suprema Corte estadunidense, tais ícones são protegidos.

Determinados os elementos protegidos, é feita sua comparação. Entretanto, em razão do baixo nível de criatividade expressado, também é baixa a sua proteção; só sendo protegível a sua cópia literal. Desse modo, não há violação porque a suposta cópia não é literal.

Quanto à disposição dos elementos, estes estão organizados em linha horizontal, evidenciando prática comum quando da organização de quaisquer elementos. Por ser prática comum é flagrante a ausência de novidade objetiva. Considerando que a individualidade é marca da personalidade do autor e está sempre contida na criatividade, mas não pode sozinha condicionar a proteção da obra, a disposição em questão carece de criatividade, por não ser possível identificar qualquer indício de manifestação que possa vir a ser identificada como individualidade do autor.

Não está sendo condicionado o reconhecimento de originalidade, e consequente proteção, à identificação da individualidade. O que está sendo feito é utilizar a individualidade como um elemento para identificação da criatividade, que por sua vez condiciona o reconhecimento de originalidade e consequente conferência de proteção à obra.

---

<sup>392</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. *Intellectual property in the new technological age: copyright, trademarks and state IP protections*. USA: Clause 8 Publishing, 2016, v. 2. p. 38.

Com base em BRANCO (subcapítulo 1.4.), segundo quem obras que não possuem originalidade e não são expressadas estão em domínio público, em razão da ausência de criatividade, a disposição escolhida por ambas as empresas está em domínio público.

Outro empecilho à proteção da disposição em questão é a limitação de forma alternativa de expressão. A disposição de elementos funcionais só pode ser feita na horizontal, vertical, perpendicular ou colunas, de modo que possui limitação às possibilidades de expressão. Ainda, são elementos funcionais diretamente relacionados à programação do jogo, sendo plenamente possível a aplicação do art. 6º, III, Lei 9.609/09, equivalente à *merger doctrine* estadunidense.

Sob a ótica do ordenamento estadunidense, a obra deve ser protegida quando não é cópia de outra existente e possui um mínimo de criatividade extremamente baixo. Conforme visto anteriormente, para ser definida a existência ou não de cópia, deve ser verificada a possibilidade de que alguém envolvido com o desenvolvimento do jogo que supostamente copiou elementos de outro, teve acesso prévio ao jogo copiado<sup>393</sup>.

Como visto, *Zynga* e *Vostu* estiveram em tratativas, entre os meses de agosto de 2010 e fevereiro de 2011, quanto a uma possível aquisição desta por aquela ou simples parceria para viabilizar o ingresso da *Zynga* no mercado brasileiro. Logo, em razão desse contato e troca de informações, acrescido às datas de lançamento dos respectivos jogos (*CityVille* em dezembro de 2010 e *MegaCity* em abril de 2011), é provável ter havido o acesso prévio pela *Vostu* à obra supostamente copiada.

Contudo, haja vista que a barra de menu se enquadra na *merger doctrine* e a existência de acesso à obra pretérita com a mesma disposição adotada nos jogos em comento, é desnecessário analisar a existência de criatividade na sua disposição. Portanto, a barra de menu não encontra proteção no ordenamento jurídico brasileiro, nem no estadunidense.

O último elemento indicado pelo parecerista no corpo do parecer é o tutorial. Conforme visto acima, a barra de *status* é elemento padrão em jogos sociais, assim como a barra de vida em jogos de luta, motivo pelo qual é enquadrada como *scènes à faire*. As ruas e gramados devem ser expressados em verde e cinza, em formato que simula quadras, pois pretendem reproduzir a realidade do mundo dos fatos, devendo ser aplicado o inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98. O mesmo resultado foi encontrado quando tais elemento foram analisados sob a ótica do ordenamento estadunidense.

---

<sup>393</sup> LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert p. *Intellectual property in the new technological age: copyright, trademarks and state IP protections*. USA: Clause 8 Publishing, 2016, v. 2. p. 38.

O tutorial é um dos elementos que compõem a interface do jogo que, como visto no subcapítulo 1.4., tem finalidade funcional, enquadrando-se como característica funcional prevista no artigo 6º, inc. III, Lei 9.609/98.

Quadro 10 – Comparativo entre tutoriais



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

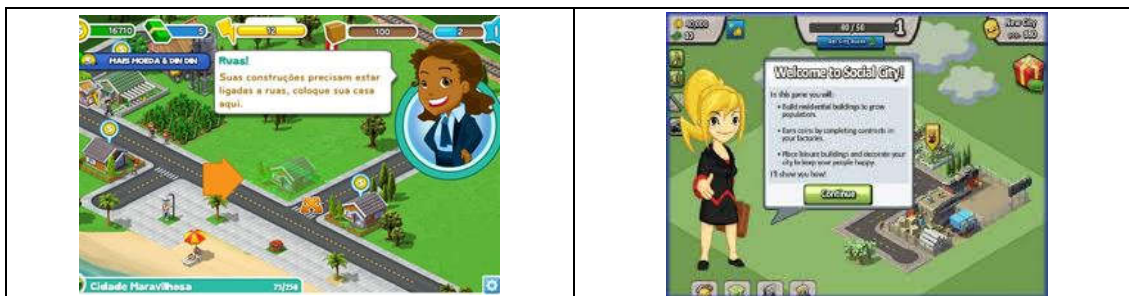
Contudo, no mesmo sentido da decisão proferida pela *United States District Court for the District of New Jersey*, no caso *Tetris v. Xio*, deve ser entendido que regras e funcionalidades expressas de forma original são passíveis de proteção, não sendo protegíveis nos casos em que só forem expressadas em um número muito limitado de formas, de modo que a expressão se confunda com a regra ou funcionalidade. Ou seja, havendo aplicação do art. 6º, III, Lei 9.609/98 – no que se refere a limitação de forma – a expressão da regra ou funcionalidade não será protegível.

O mesmo raciocínio é aplicável ao ordenamento estadunidense, de modo que se houver a aplicação da *merger doctrine* a expressão da regra ou funcionalidade não será protegida.

Primeiramente, deve ser analisado o *avatar* e sua utilização no jogo. É praxe a utilização de *avatars* para apresentação de instruções, sendo um jogo diferenciado de outro em razão da aparência do *avatar* desenvolvido e do texto das instruções, visto que estas são essencialmente as mesmas.

Quadro 11 – Comparativo entre tutoriais

Cidade Maravilhosa (jun./2011)	Social City (mar./2010)
--------------------------------	-------------------------



Fonte: <https://www.baixaki.com.br/download/cidade-maravilhosa-rio.htm>;  
<https://www.dagbladet.no/kultur/disney-satser-stort-pa-facebook-spill/64569742>

Com base no *AFC Test*, a análise deve ser iniciada com a separação entre ideia e expressão e, em um segundo momento, são isolados os elementos protegidos. A ideia da Zynga é um *avatar* com aparência humana, somente busto e torso, feminina, vestindo roupas sociais. A expressão utilizada foi uma *avatar*, com cabelo preso, na cor castanha, com franja, pele com tom claro, vestindo camisa social branca e casaco *cardigan*.

A ideia da Vostu é um *avatar* com aparência humana, corpo inteiro, masculina, com bigodes, sênior, vestindo trajes sociais. A expressão escolhida foi um *avatar*, com cabelos curto e bigode grisalhos, vestindo terno na cor preta, com colete na cor verde musgo, gravata vermelha e camisa branca.

Todos os elementos utilizados pelas empresas para compor o seu respectivo *avatar* são elementos em domínio público, pois por reproduzirem peças de vestuário e cortes de cabelo existentes no mundo real, assim como olhos, boca, nariz e orelhas, carecem de novidade objetiva e criatividade. O que pode conferir proteção aos respectivos *avatares* é a disposição desses elementos.

Não foi apresentado no processo nenhum outro *avatar* semelhante a qualquer um dos dois sob avaliação, assim como não foi possível identificar *avatar* semelhante em pesquisa visual na rede mundial de computadores por intermédio do buscador Google Imagens e do *Shutterstock*. Apesar de tais *softwares* serem falhos, é o mecanismo disponível para pesquisas deste porte. Desse modo, é possível compreender como presente a novidade objetiva necessária para conferência de proteção, em ambos os avatares.

O mínimo de criatividade necessário para conferência de proteção não é suficientemente definido pela doutrina brasileira. Entretanto, os autores convergem no sentido de entender criatividade conforme WACHOWICZ, segundo quem criatividade é “a movimentação do intelecto humano com objetivo de criar algo novo”. Partindo desse pressuposto, então, houve movimentação do intelecto humano para criar ambos os *avatares*, de modo que ambos são protegidos por Direito de Autor.

O mínimo de criatividade é a contribuição social que o autor traz através do seu trabalho, como contraprestação à exclusiva estatal que lhe é conferida, de modo que não se consegue admitir que o mero movimento do intelecto humano com o objetivo de criar algo novo seja suficiente para caracterização desse requisito. Para fins desse trabalho será adotado o entendimento referido no parágrafo anterior, por ser o entendimento que representa a doutrina brasileira, do qual se discorda.

O último passo do *AFC Test* consiste na comparação entre os elementos protegidos. Conforme a descrição feita ao separar a ideia de sua expressão, há um *avatar* feminino em oposição a um *avatar* masculino, o que já evidencia a inexistência de usurpação.

Os *avatars* estão dispostos de forma a se sobrepor ao cenário em que será construído, ocupando uma posição de destaque. Conforme imagem apresentada anteriormente, o jogo *Social City* possui a mesma apresentação do *avatar* utilizada pela *Zynga* e *Vostu*, tendo sido lançado em março de 2010. Desse modo, a disposição utilizada para apresentação do *avatar* não possui a novidade objetiva necessária para conferência de proteção.

Frente a ausência desse requisito é dispensável a análise dos demais, porque a não configuração de um inviabiliza o reconhecimento de originalidade na obra, essencial para conferência de proteção autoral.

No sistema estadunidense a avaliação é um pouco diversa. O primeiro requisito que deve ser analisado é o da não cópia, mediante a verificação de acesso pretérito à obra supostamente copiada. As negociações que existiram entre as empresas no final de 2010 e início de 2011 evidenciam a existência de um contato e servem como indícios do acesso pela *Vostu* à obra em comento.

Contudo, a disposição realizada pela *Zynga* também foi fruto de um acesso pretérito a obra que já utilizava essa mesma disposição. O jogo *Social City* foi lançado em março de 2010, ou seja, 09 (nove) meses antes do lançamento do jogo de titularidade da *Zynga*. Por ter sido lançado no mercado estadunidense, o mesmo de atuação da *Zynga*, esta não pode defender a ausência de acesso.

Portanto, se de fato houver proteção à disposição do *avatar* em comento, a titularidade dos Direitos de Autor sob essa disposição é da *Playdom*, titular dos Direitos de Autor sob o jogo *Social City*. ou de seu programador responsável, conforme a política da empresa. Desse modo, não é justificável a continuidade da análise dos requisitos autorais sob a ótica do ordenamento estadunidense.

Feitas tais análises, o parecerista juntou diversas fotos de elementos de representações virtuais e das interfaces dos jogos, afirmando haver “gigante semelhança em




ambos os jogos”. Ocorre que a semelhança apontada pelo parecerista recai sobre elementos não protegíveis por direito de autor. Para ilustrar essa afirmação, são apresentados alguns casos.

Quanto aos menus principais, primeiramente é necessário ressaltar que são elementos funcionais do jogo, bem como de imediato é possível constatar que a semelhança não é tão grande e o que se assemelha carece de proteção.

Ao aplicar o AFC *test*, já se encontra dificuldade quanto à separação entre a ideia de “ferramentas” e a expressão destas, visto que tal elemento só é identificado através da forma utilizada nos jogos, por uma chave de fenda ou por uma seta. A mesma dificuldade é encontrada com o símbolo de cuidado. Ou seja, a quantidade de formas de expressão é tão limitada que conferir proteção a uma dessas formas acaba acarretando na proteção da ideia. Por se tratar de desenho atrelado indiretamente à programação, é possível a aplicação do inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98, que encontra semelhante na *merger doctrine* estadunidense.

Há também os ícones cuja ideia é a de recompensa e a de loja. A ideia de recompensa é expressada por intermédio de presentes, no jogo da *Zynga*, e de um baú, no jogo da *Vostu*. A ideia de loja é expressada, no jogo da *Zynga*, por meio de uma prancheta com uma caneta e o escrito “build”, que em tradução literal significa “construir”, enquanto no jogo da *Vostu* o é por meio de o início de um muro de tijolos com uma espátula para cimento e a palavra “loja”.

Quadro 12 – Comparativo entre menus funcionais 1

Zynga CityVille	Vostu MegaCity
	

Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

Enfrentada essa fase do teste, é iniciada a fase de identificação dos elementos protegidos. No caso, os ícones que expressam a ideia de ferramentas e de cuidado estão fora da análise em razão da aplicação do inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98 e, no ordenamento estadunidense, em razão da *merger doctrine*.

Os ícones que representam presentes e baú são expressões comuns para indicar um benefício, bem como a forma expressada é representação de pacotes de presentes e baús reais.

Para representar baús e presentes reais, existe limitação de forma alternativa, ou seja, existe somente uma quantidade reduzidas de representações, de modo que as expressões empregadas pelas desenvolvedoras não violam o direito de autor de cada.

Continuando a análise do menu, novamente está presente a quantidade limitada de formas de expressão e a ausência de originalidade em razão da não configuração da novidade objetiva e de um mínimo de criatividade.

Na parte do menu apresentada a seguir é possível verificar que as expressões escolhidas pelas desenvolvedoras são descritivas de suas funções, de modo que não é encontrada novidade objetiva, nem a criatividade necessária para reconhecimento de proteção autoral.

Quadro 13 – Comparativo entre menus funcionais 2 e 3

Zynga CityVille	Vostu MegaCity
	
	

Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

O menu de construção de casas também segue a mesma lógica já esplanada. Ao separar a ideia das expressões é possível identificar como ideia casas que conforme aumenta o nível do jogo, tornam-se maiores. A expressão dessas ideias são casas com diferentes apresentações. As quatro primeiras casas apresentadas pela *Zynga*, nos valores de 200, 400, 600 e 800, são casas com arquitetura comum em casas populares estadunidenses, enquanto as três últimas, nos valores de 1.000, 9.000 e 1.500, são casas com arquitetura não tão comum.

A mesma ideia está presente no jogo da *Vostu*, mas as expressões utilizadas diferenciam-se das adotadas pela *Zynga*. No *MegaCity*, as duas primeiras casas, nos valores de 300 e 500, representam casas populares, enquanto as demais, nos valores de 1.800, 3.000, 4.500, 6.000 e 7.500, mais elaborada.

Quadro 14 – Comparativo entre menus de casa



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

As quatro primeiras casas do jogo *CityVille*, em razão de apresentarem arquitetura comum, que visa a representar casas populares existentes nos Estados Unidos, possuem um número limitado de formas alternativas de expressão. Considerando que estão vinculadas à programação, é possível a aplicação do inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98 a essas quatro casas.

Não há informação no processo acerca da existência de casas reais com a arquitetura expressada nas três últimas casas, bem como não é possível a realização de uma pesquisa no buscador Google Imagens em razão dos elementos sobrepostos à imagem. Desse modo, será entendido como existente o requisito da novidade objetiva.

Quanto a criatividade, considerando o mínimo de criatividade exigido como a contraprestação social devida pelo autor, pelo que é possível identificar nas imagens, o design arquitetônico empregado nas casas possui o mínimo de criatividade necessário para conferência de proteção autoral.

A mesma análise pode ser empregada às casas do jogo *MegaCity*. As duas primeiras são casas populares, encontradas na realidade, enquanto referentemente às cinco últimas, não foi informado no processo a existência desses designs arquitetônicos na realidade, bem como não é possível uma busca no buscador Google Imagens, pois os elementos sobrepostos às imagens impedem o reconhecimento da forma da casa.

Quanto à criatividade, é possível considerar que as particularidades das últimas cinco casas acrescentam à sociedade um mínimo criativo, de modo que deve ser reconhecida a proteção autoral dessas casas.

Por fim, após a separação entre ideia e expressão e a identificação dos elementos protegidos deve ser feita a comparação entre eles. Contudo, a diferença entre os designs adotados é notória.

Quanto à disposição desses elementos, em ambos os jogos estão alinhados horizontalmente sobre um fundo claro, com cada casa disposta em um retângulo com fundo azul claro e o seu valor disposto, logo abaixo, em um retângulo verde menor, quando possível o uso do imóvel, e em um retângulo cinza de igual tamanho, quando o uso não é possível. No *CityVille* os retângulos onde estão as casas possuem pontas arredondadas e são contornados por um círculo azul, enquanto no *MegaCity* não há essas particularidades.

Essa disposição é comum em jogos para visualização de pessoas, conforme imagem a seguir.

Quadro 15 – Comparativo da disposição dos menus de casas



Fonte: <https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2012/08/os-melhores-jogos-para-facebook-de-2012.html>;  
<https://www.fredzone.org/sim-city-social-ouverture-open-beta-677>

Desse modo, a disposição empregada pela *Zynga* carece de novidade objetiva. O fato de constar casas ao invés de pessoas não altera a disposição, motivo pelo qual não interfere no requisito em comento. Tendo em vista a ausência de novidade objetiva não é necessário o ingresso na análise quanto à existência de criatividade.

Sob a ótica do ordenamento estadunidense é necessário a comprovação de que houve acesso à obra supostamente violadas. A influência das tratativas existentes entre *Zynga* e *Vostu* para preenchimento deste requisito já foi visto acima. Portanto, é possível entender pela existência de acesso pretérito.

Contudo, como o quadro recém apresentado demonstra, em março de 2010 a disposição em questão já era utilizada por outra empresa (*Playdom – Social City*), motivo pelo qual se realmente houve proteção a essa disposição e elementos, o titular dos direitos deve ser a *Playdom* ou o programador responsável, conforme política da empresa.

O ponto seguinte da presente análise é a forma de apresentação da informação quando o jogador visita um vizinho e a pontuação por essa prática, novamente elementos funcionais (interface).

Ao separar a ideia de sua expressão, é possível identificar um *avatar*, com forma humana feminina, vestindo roupa social, transmitindo uma mensagem ao usuário, informando as vantagens adquiridas em razão da visita. A expressão dessa ideia, no *City Ville*, é um *avatar* com a forma humana feminina, com cabelos castanhos e franja, pele clara, vestindo camisa branca e *cardigan* na cor preta, um balão de fala contendo a frase “While visiting Marcia you get:”, a expressão de uma moeda e ao lado “100 coins”, a expressão de um raio e ao lado “3 energy” e a expressão de uma estrela azul e ao lado “1XP”.

No *MegaCity* foi utilizado um *avatar* com forma humana feminina, cabelos castanhos presos, com franja, pele clara, vestindo camisa social e uma regata sobre a camisa na cor preta, com um retângulo informando “Por visitar este vizinho, você ganhou:”, a expressão de uma moeda e ao lado “100 ouros”, a expressão de um raio e ao lado “3 energias” e a expressão de uma estrela azul e ao lado “1XP”.

Quadro 16 – Comparativo das telas de prêmio por visita

Zynga CityVille	Vostu MegaCity
-----------------	----------------



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

Como trabalhado anteriormente os ícones utilizados para atribuição de moedas/ouros, energias e XP (experiência) são elementos comuns que só comportam um número muito limitado de formas de expressão. Como estão atrelados à programação, deve ser aplicado o inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98, que não reconhece violação de direito de autor quando a semelhança ocorrer em razão dessa limitação. Nos Estados Unidos há a *merger doctrine*, que segue raciocínio similar.

Por fim, quanto ao *avatar*, todos os elementos que o compõem são comuns e pertencem ao domínio público, haja vista serem representação de vestuário, corte de cabelo, olhos, boca, nariz e orelhas reais, com leves alterações para formatação em desenho. Ao pesquisar pelas imagens supra apresentadas no Google Imagens, foi possível constatar a inexistência de *avatar* semelhante. Em que pese a busca ser falha é a forma disponível para pesquisa desse porte. Dessa forma, será compreendido como presente a novidade objetiva em ambos os *avatares*.

Apesar de entender que o mínimo de criatividade exigido pelo direito de autor brasileiro deve ser superior ao aplicado nos Estados Unidos, que reconhece proteção a trabalhos mesmo que “grosseiros, humildes ou óbvios”, foi possível concluir no subcapítulo 1.2. que a criatividade, para os doutrinadores autoralista, é “a movimentação do intelecto humano com objetivo de criar algo novo”. Frente a esse contexto, deve ser reconhecida proteção autoral a ambos os *avatares*.

O referido *software* de pesquisa não confundiu uma imagem com a outra, pois a segunda imagem não apareceu nos resultados de busca da primeira e nem o contrário, o que poderia trazer o entendimento de que as imagens não se confundem e, portanto, não são cópia. Contudo, o que houve, na realidade, foi uma falha do programa, pois as similaridades entre os *avatares* são evidentes.

Sob o ponto de vista estadunidense, como já visto, o acesso pretérito está presente. Com relação à criatividade, por conferir proteção até mesmo a trabalhos “grosseiros, humildes ou óbvios”, os *avatares* ora analisados são passíveis de proteção por Direito de Autor.

Após a análise dos jogos em comento, foi possível identificar a existência de Direitos de Autor tão somente sobre os *avatares* aqui apresentados, havendo cópia somente no último caso. Entretanto, é possível a aplicação da limitação prevista no inciso VIII, artigo 46 da Lei 9.610/98 e, conseqüentemente da “regra dos três passos” a essa violação.

Conforme trabalhado anteriormente, segundo o referido artigo e inciso não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução em qualquer obra de pequenos trechos de obras preexistentes, qualquer que seja a sua natureza, desde que a reprodução não seja o objetivo principal da obra nova, não haja prejuízo à exploração normal da obra utilizada, e prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Como visto, de todos os elementos que compõem o jogo em comento, somente os *avatares* (dois elementos) são protegíveis e somente um foi copiado. Portanto, há o enquadramento em reprodução de pequenos trechos. A parte reproduzida é tão insignificante no contexto da obra que a sua reprodução, claramente, não constitui o objetivo principal da obra nova.

A não interferência na exploração normal da obra copiada, deve ser entendida como a exploração corriqueira no mercado, de modo que o beneficiário da exceção não venha a concorrer com o autor. E, a não violação de interesse legítimo do autor, deve ser entendida no sentido de expectativa criada em razão de prática de mercado ou previsão legal.

No caso, a *Vostu*, empresa que copiou o *avatar*, só atuava no mercado brasileiro, enquanto a *Zynga*, empresa cujo *avatar* foi copiado, só ingressou no mercado brasileiro em 2012, um ano após o lançamento do *MegaCity* pela *vostu*. Desse modo, quando a *Vostu* lançou o jogo com a cópia não havia concorrência entre as empresas e a cópia não colocou a *Vostu* em posição de concorrência com a *Zynga*. Haja vista atuarem em mercados diferentes (*Vostu* no Brasil e *Zynga* nos Estados Unidos) quando a cópia ocorreu, não qualquer interferência na relação de concorrência, visto que esta não existia.

Por não explorar o mercado brasileiro à época da cópia, não houve prejuízo à exploração corriqueira da obra. Os interesses da *Zynga* não foram prejudicados, porque não havia nenhuma prática de mercado estabelecida ou previsão legal que a beneficiasse, pois não atuava no mercado brasileiro.

Sob a ótica das limitações aos Direitos de Autor no ordenamento estadunidense, já foi aplicada, na maioria dos casos, a merger doctrine. Agora, deve ser analisada a possibilidade de aplicação do fair use.

A situação sob análise não se enquadra em nenhum dos casos listados no §107 do Copyright Act vigente, pois não se trata de crítica, comentário, reportagem jornalística, ensino, conhecimento ou pesquisa. Deve-se, então, analisar (i) “o objetivo e caráter do uso, incluindo se o uso tem natureza comercial ou é para fins educacionais não lucrativos”; (ii) “a natureza do trabalho”; (iii) “a quantidade e substancialidade da porção utilizada em relação a obra copiada como um todo”; e (iv) “o efeito do uso no potencial mercado da obra e o seu valor nesse mercado.

Como visto no subcapítulo 2.4., a primeira exigência recém arrolada se refere à necessidade de que a obra nova altere a pretérita, trazendo “nova expressão, significado ou mensagem”. No caso, a parcela copiada (avatar) foi alterada de forma muito superficial. Apesar de as obras concluídas serem semelhantes, como foi visto, se assemelham quanto a elementos não protegidos por Direito de Autor e adotados comumente por desenvolvedores de jogos. Considerando que o cenário em questão envolve baixíssimo grau de criatividade, é possível concluir que houve modificação suficiente para satisfazer a exigência em análise.

A existência de lucro deve ser analisada após a verificação das demais exigências, pois depende do contexto em que está inserida a prática.

A natureza do trabalho está relacionada com o grau de criatividade; quanto mais criatividade expressada na obra, maior é a proteção e menor é o escopo de aplicação do fair use. Ocorre que, como visto, trata-se de obra com baixíssimo grau de criatividade, devendo ser entendido que a natureza do trabalho violado pesa a favor da aplicação do instituto em comento.

Como referido anteriormente nessa análise, a quantidade violada é extremamente pequena, assim como a sua substancialidade. Considerando a integralidade da obra, houve somente a violação do Direito de Autor existente sob o avatar em comento, o que representa uma parcela muito pequena da obra copiada. A substancialidade exige que a parcela copiada seja relevante de forma a conduzir as lembranças do usuário ao jogo copiado. Ou seja, ao visualizar o avatar, o usuário deve lembrar-se do jogo da Zynga.

No caso, a referida condução estaria presente caso o jogo tivesse sido lançado no mercado brasileiro antes do jogo da Vostu, o que não ocorreu. Com o lançamento, no referido mercado, somente em 2012, a condução ocorreu ao contrário; os usuários da Vostu, ao jogarem CityVille e visualizarem o avatar da Zynga lembraram-se do MegaCity, de titularidade da



Vostu. Portanto, a quantidade e substancialidade acabam pesando a favor do instituto comentado.

Por fim, a última exigência refere-se ao efeito no mercado: o efeito do uso no potencial mercado e o seu valor nesse mercado. Há época do processo, o mercado brasileiro não era explorado pela Zynga, de modo que se apresentava como um mercado em potencial, tanto que foi somente em 2012 que iniciou suas atividades no Brasil. Considerando a condução explicada no parágrafo anterior, é possível afirmar que o uso do avatar em questão gerou um efeito no mercado em potencial. Entretanto não há informação de que tenha havido alteração do valor do CityVille no mercado brasileiro, bem como é viável especular que eventuais vendas a menor do que o planejado possuem relação maior com o sucesso do MegaCity no Brasil e o fator da Vostu já estar consolidada neste mercado.

Nesse contexto, a utilização do avatar em obra com fins de exploração econômica ganha menor relevância. Considerando que ambos os jogos possuem um nível baixo de criatividade, houve sutil modificação no avatar copiado, a quantidade copiada foi pouca e a substancialidade não teve o efeito que seria razoável esperar, bem como o efeito gerado no mercado potencial não foi significativo, é imperioso reconhecer a aplicação do fair use.

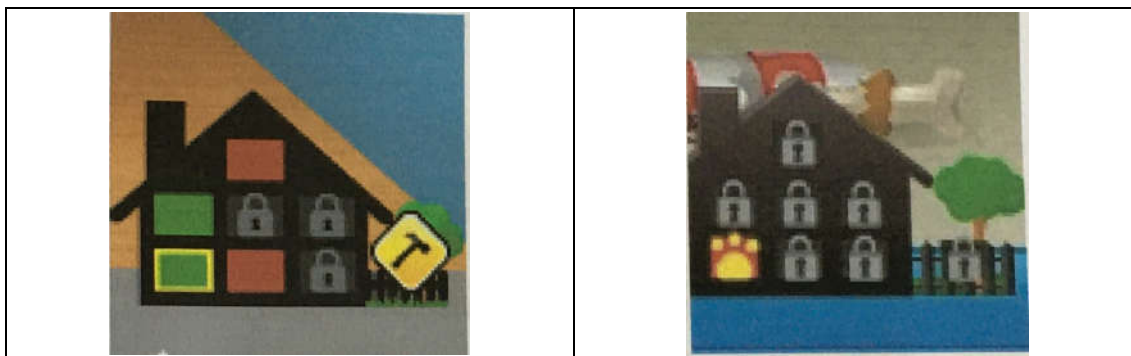
Desse modo, é possível concluir que apesar da existência de cópia de um elemento do jogo da Zynga pela Vostu, a violação de Direito de Autor foi afastada pela aplicação do inciso VIII, artigo 6º da Lei 9.609/98.

### 3.1.2 PetVille (Zynga) v. PetMania (Vostu)

A primeira semelhança apontada pelo parecerista é a casa do animal de estimação, para ilustrar o menu de fases, como visto, os menus são características funcionais de jogos. Ao separar as ideias de suas expressões, é possível identificar que em ambos os jogos há a ideia de uma casa com janelas em um jardim, cada janela representa uma fase bloqueada e à medida em que se joga, as fases vão sendo desbloqueadas.

Quadro 17 – Comparativo de menu de fases

PetVille (Zynga)	PetMania (Vostu)
------------------	------------------

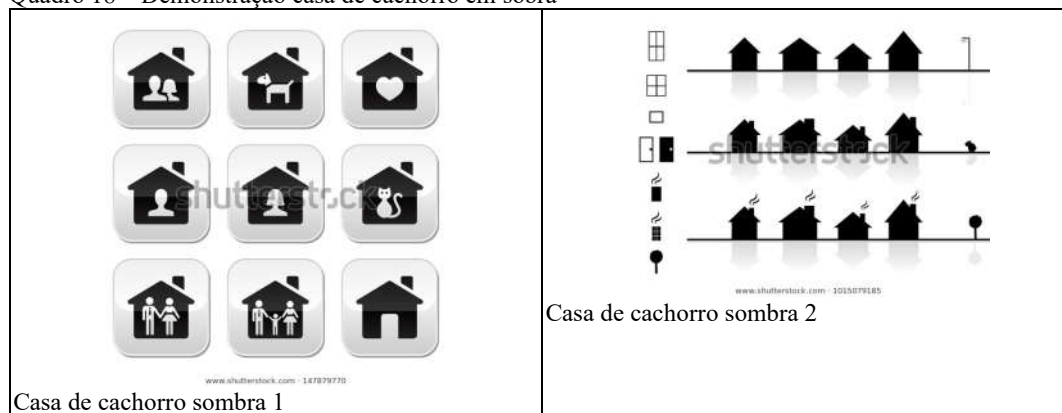


Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

A expressão dessa ideia ocorre por intermédio de uma casa de dois andares com sótão, na cor preta, com 07 (sete) janelas, que representam fases, onde constam cadeados na cor cinza. No jogo da *Zynga*, as fases “destrancadas” estão representadas por retângulos verdes e vermelhos, enquanto no jogo da *Vostu* a representação é um quadrado vermelho com a imagem de uma pata em amarelo. A ambientação de ambas as casas foi expressada com cerca e árvore localizados no canto direito da tela, diferenciando-se quanto ao plano de fundo e a cor do solo.

Ao separar os elementos protegíveis fica evidente que o design adotado em ambas as casas é design comum, sendo facilmente encontrado em banco de vetores gratuitos. É notório que está ausente a novidade objetiva necessária para configuração de originalidade e que, conseqüentemente, o design escolhido para a expressas a ideia de cada de cachorro não é passível de proteção autoral.

Quadro 18 – Demonstração casa de cachorro em sobra



Casa de cachorro sombra 1

Casa de cachorro sombra 2

Fonte: <https://www.shutterstock.com/pt/image-vector/home-family-vector-buttons-set-147879770>;  
<https://www.shutterstock.com/pt/image-vector/set-flat-house-window-door-chimney-1015079185>

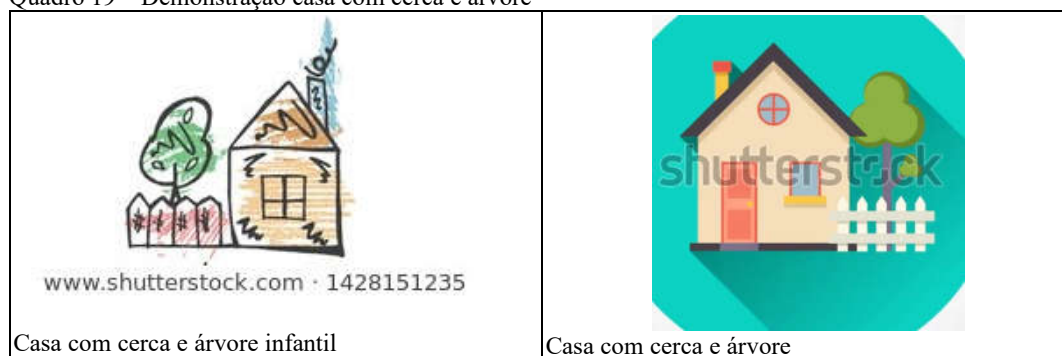
O elemento seguinte é o cadeado. As fases que ainda não estão disponíveis para o usuário jogar, em razão do não cumprimento de determinado requisito (em regra, a aprovação na fase anterior), aparecem com um cadeado. Primeiramente, a representação da impossibilidade de acesso a determinada fase ou bem é comumente representada por um cadeado ou por um “X”. Esse largo emprego das formas comentadas ocorre em razão de haver um número limitado de formas de expressar essa proibição de acesso de modo que fique fácil a identificação pelo usuário. Por ser elemento relacionado a programação, é aplicável o inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98, que encontra instituto semelhante na *merger doctrine* estadunidense.

Os demais elementos da imagem são cerca e árvore localizados no canto direito da tela. Só existe um número limitado de formas de expressar árvores e cercas no estilo fazenda, de modo que sejam semelhantes as reais.

As imagens apresentadas podem ser programadas juntamente à programação do jogo, ou serem desenhadas em software de arte e então, por intermédio de ferramentas específicas, ser convertido em código de programação. Portanto, independentemente da forma empregada para viabilizar a existência da imagem no jogo, esta será convertida em código binário, de modo que está atrelada à programação. Nesse contexto, é necessário admitir a aplicação do inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98.

Somado ao exposto está o entendimento quanto a disposição de tais elementos. Conforme imagens a seguir, é possível notar que a combinação de casa, árvore e cerca (no estilo fazenda) é extremamente comum, sendo, inclusive, um dos primeiros desenhos que uma criança aprende a fazer.

Quadro 19 – Demonstração casa com cerca e árvore



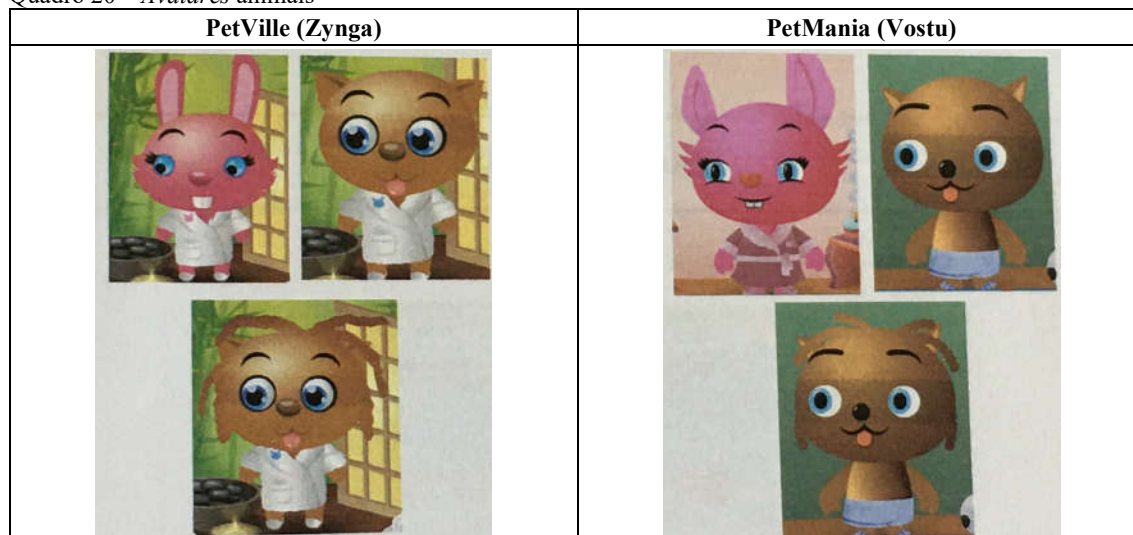
Fonte: <https://www.shutterstock.com/pt/image-vector/childrens-doodles-freehand-drawing-vector-illustration-1428151235>; <https://www.shutterstock.com/pt/image-vector/real-estate-symbol-house-building-private-206659612>

Assim, não restam elementos protegíveis para se poder comparar ambas as figuras, não existindo, portanto, violação a direitos de autor.

Não foi possível identificar nenhum elemento protegido, razão pela qual não há aplicação do Direito de Autor e conseqüentemente não há necessidade de comparar as imagens trazidas.

O próximo ponto de análise é a customização dos personagens. O parecerista aponta a cópia da aparência de três personagens, indicando a similaridade dos traços do desenho e a imitação da cor.

Quadro 20 – Avatares animais



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

Tanto o *PetVille (Zynga)* quanto o *PetMania (Vostu)*, assim como outros com a mesma proposta, como o *PetSociety*, disponibilizam diversos formatos de rosto, nariz, orelhas, olhos, cabelos, roupas, acessórios e cores de corpo para que o jogador personalize o seu próprio animal. Dentre as opções disponíveis, há correspondência entre os elementos disponibilizados pela *Zynga* e pela *Vostu*, tanto que é possível a montagem de animais semelhantes, como as fotos acima demonstram.

Contudo, ao individualizar os elementos da montagem, é possível constatar que as bocas, os olhos, os narizes, as orelhas e as cores de corpo são todas formas e cores de uso comum, sendo facilmente encontrados em banco de vetores gratuitos. Assim, a novidade objetiva necessária para verificação de originalidade e conseqüente conferência de proteção

autoral não está presente. Frente a ausência de um dos requisitos, é dispensável a análise dos demais.

Quadro 21 – Tabela de elementos faciais



Fonte: <https://www.istockphoto.com/br>.

Não se pode cogitar de criatividade ou novidade objetiva sequer para os roupões utilizados, pois trata-se de cópia de roupões reais, de modo que um mínimo de criatividade só se faria presente na adoção de uma estampa ou design diferenciados do próprio roupão.

A combinação desses elementos comuns pode gerar uma polêmica maior, pois não há informação no processo quanto a existência de outra personagem que se utilize exatamente da mesma combinação, bem como não foram encontradas imagens semelhantes no buscador Google Imagens e no site de pesquisa de vetores *Shutterstock*. Em razão da aparente ausência de similaridade, será admitida a existência de novidade objetiva. Entretanto, como visto, novidade objetiva não equivale a originalidade, sendo somente um dos seus componentes.

Quanto ao mínimo de criatividade necessário, foi estudado no subcapítulo 1.2. que criatividade seria é “a movimentação do intelecto humano com objetivo de criar algo novo”. Ou seja, é a movimentação do intelecto humano com o objetivo de trazer um elemento novo. Como recém abordado os avatares detêm novidade objetiva e são fruto do intelecto humano, o que, baseado nas premissas referidas, é suficiente para atribuir proteção autoral aos três *avatares* em análise.

Entretanto, o mínimo de criatividade é a contribuição social que o autor traz através do seu trabalho, como contraprestação a exclusiva estatal que lhe é conferida, de modo que não se consegue admitir que o mero movimento do intelecto humano com o objetivo de criar algo novo seja suficiente para o reconhecimento da criatividade contributiva socialmente. Para fins desse trabalho, será adotado o entendimento expressado no parágrafo anterior, haja vista representar o entendimento da doutrina brasileira pesquisada no subcapítulo 1.2., do qual se discorda.

Desse modo, os elementos individualizados não preenchem a novidade objetiva nem o mínimo de criatividade, enquanto o animal com as características que lhe forem atribuídas possui novidade objetiva, e, com base na doutrina estudada no subcapítulo 1.2., detém o mínimo de criatividade necessário para conferência de proteção autoral.

Sob a ótica do ordenamento estadunidense, deve ser verificada a existência de não cópia e de um mínimo de criatividade. Para configuração da não cópia é necessária a verificação da existência de acesso pretérito à obra supostamente copiada. As negociações que existiram entre as empresas entre agosto de 2010 e fevereiro de 2011 evidenciam a existência de um contato e servem como indícios do acesso pela Vostu à obra em comento. Apesar de ser um indício, para fins do presente trabalho, será considerada a existência de acesso prévio pela Vostu à obra da Zynga.

A Suprema Corte estadunidense, ao julgar o caso *Feist* (trabalhado no subcapítulo 2.2.), definiu que mesmo o trabalho “grosseiro, humilde ou óbvio” terá uma “centelha criativa”, exigindo somente que não resulte de trabalho mecânico. Com base nessa premissa não há dificuldade em se concluir que a junção de elementos em domínio público, mesmo que óbvia, caracteriza a “centelha criativa” necessária para configuração do mínimo de criatividade exigido.

Estabelecido que os três avatares em comento são protegidos por Direito de Autor pelo ordenamento pátrio e pelo estadunidense, é necessário analisar a aplicabilidade das limitações previstas no artigo 46 da Lei 9.610/98, em especial o seu inciso VIII, e o fair use estadunidense.

O artigo 46, inciso VIII prevê que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução em qualquer obra de pequenos trechos de obras preexistentes qualquer que seja a sua natureza, desde que a reprodução não seja o objetivo principal da obra, não prejudique a exploração normal da obra utilizada e não cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

Frente a obra completa (*PetVille*), a reprodução de três *avatares* enquadra-se como reprodução de pequeno trecho, assim como tal reprodução não tem como objetivo principal a reprodução em si da obra originária.

Conforme visto no subcapítulo 1.4., os demais requisitos previstos nesse artigo assemelham-se a dois dos requisitos previstos na “regra dos três passos”. A não interferência na exploração normal da obra copiada, deve ser entendida como a não interferência na exploração corriqueira no mercado, de modo que o beneficiário da exceção não venha a concorrer com o autor. E, a não violação de interesse legítimo do autor, deve ser entendido no sentido de expectativa criada em razão de prática de mercado ou previsão legal.

A cópia dos avatares em questão quando do lançamento do jogo *MegaCity* (abril de 2011) não interferiu na exploração corriqueira no mercado, porque a *Zynga* não explorava o

mercado brasileiro e a *Vostu* não explorava o mercado estadunidenses. As empresas não eram concorrentes, pois não disputavam o mesmo mercado.

O interesse legítimo do autor também não é afrontado, porque não existia uma prática de mercado para gerar expectativas à *Zynga*, visto que não atuava no mercado brasileiro. Nenhuma expectativa criada em razão de previsão legal pode ser admitida como frustrada, pois, como está sendo visto nesse subcapítulo, os elementos que compõem o jogo em análise são predominantemente não protegidos.

Frente a esse contexto, deve ser aplicada a limitação prevista no inciso VIII, artigo 46 da Lei 9.610/98, para o fim de ser reconhecida a não existência de ofensa aos Direitos Autorais sob os avatares em comento.

Quanto à aplicação do fair use, o elemento sob análise não se enquadra em nenhum dos casos listados no §107 do *Copyright Act* vigente, pois não se trata de crítica, comentário, reportagem jornalística, ensino, conhecimento ou pesquisa. Deve-se, então, analisar (i) “o objetivo e caráter do uso, incluindo se o uso tem natureza comercial ou é para fins educacionais não lucrativos”; (ii) “a natureza do trabalho”; (iii) “a quantidade e substancialidade da porção utilizada em relação a obra copiada como um todo”; e (iv) “o efeito do uso no potencial mercado da obra e o seu valor nesse mercado.

Como visto no subcapítulo 2.4., “o objetivo e caráter do uso, incluindo se o uso tem natureza comercial ou é para fins educacionais não lucrativos” se refere à necessidade de que a obra nova altere a pretérita, trazendo “nova expressão, significado ou mensagem”. No caso, a parcela copiada (*avatar*) foi sutilmente alterada.

A existência de lucro deve ser analisada após a verificação das demais exigências, pois depende do contexto em que está inserida a prática.

A natureza do trabalho está relacionada com o grau de criatividade; quanto mais criatividade expressa na obra, maior é a proteção e menor é o escopo de aplicação do fair use. Ocorre que, como visto, trata-se de obra com baixíssimo grau de criatividade, devendo ser entendido que a natureza do trabalho violado pesa a favor da aplicação do instituto em comento.

Como referido anteriormente nessa análise, a quantidade violada é extremamente pequena, assim como a sua substancialidade. Considerando a integralidade da obra, houve somente a violação do Direito de Autor existente sob os três avatares em comento, o que representa uma parcela muito pequena da obra copiada. A substancialidade exige que a parcela copiada seja relevante de forma a conduzir as lembranças do usuário ao jogo copiado. Ou seja, ao visualizar um dos três avatares, o usuário deve lembrar-se do jogo da *Zynga*.

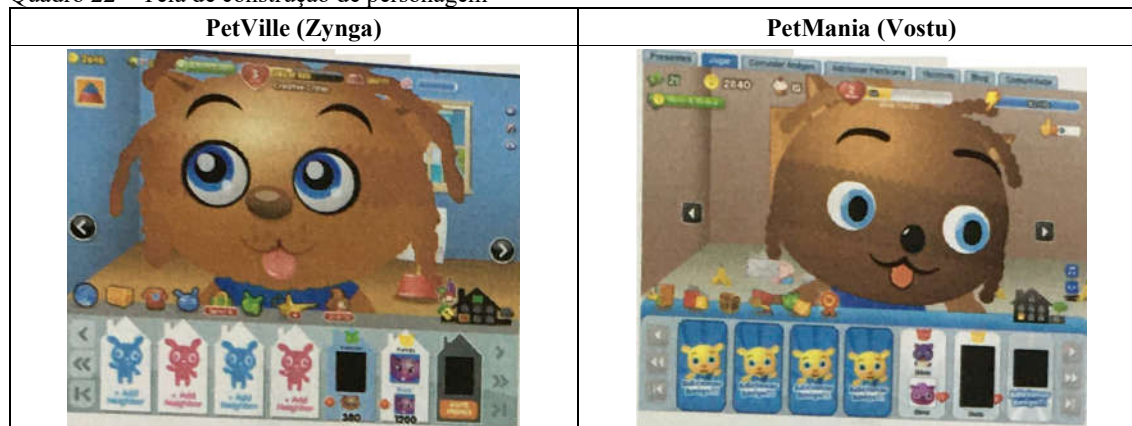
No caso, a referida condução não está presente, pois os três *avatares* em análise corresponde a somente três possibilidades dentre as inúmeras disponíveis ao usuário. O jogo disponibiliza diversos cortes de cabelo, olhos, cor, roupas, de modo que o avatar em comento não leva o usuário a lembrar-se do jogo *PetVille*. Portanto, a quantidade e substancialidade pesam a favor da aplicação do *fair use*.

Por fim, a última exigência refere-se a efeito no mercado: o efeito do uso no potencial mercado e o seu valor nesse mercado. À época do processo, o mercado brasileiro não era explorado pela *Zynga*, de modo que se apresentava como um mercado em potencial, tanto que foi somente em 2012 que iniciou suas atividades no Brasil. Desse modo, quando ajuizado o processo, a *Zynga* sequer disponibilizava os seus jogos no mercado brasileiro, de modo que não havia um valor no mercado. Em razão da inexpressividade dos três avatares copiados, é possível afirmar que não houve qualquer efeito no mercado em potencial.

Nesse contexto, a utilização do avatar em obra com fins de exploração econômica ganha menor relevância, bem como, frente a inexpressão do avatar copiado, a cópia integral também não afeta o resultado da análise. Considerando que os requisitos para aplicação do *fair use* visam a evitar um prejuízo concorrencial, que não foi encontrado com a análise realizada, é possível a aplicação do *fair use*, afastando, assim, a violação ao Direito de Autor.

A última alegada violação quanto aos jogos em comento recai sobre as telas com recursos visuais para a construção de personagens, por serem equivalentes em formato, conteúdo e cor predominante. Por mais uma vez, trata-se de análise recai sob elementos funcionais.

Quadro 22 – Tela de construção de personagem



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.



A primeira fase do AFC Test consiste na separação entre ideia de sua expressão. No caso, a ideia consiste em um menu, que tem como fundo de tela um cômodo e o *avatar* que será montado no centro em tamanho grande. No *PetVille*, a expressão do fundo de tela consiste em um cômodo na cor azul com uma janela ao fundo e chão marrom, enquanto a expressão do menu consiste em uma barra na parte inferior da tela, com diversas opções, dentre elas a de convidar vizinhos, representada por ícone em forma de casa na cor branca com o desenho de um *avatar* azul ou rosa, com variados ícones acima dessa barra, setas de retorno ou adiante nos cantos esquerdo e direito, respectivamente, entre outros. Há, ainda, uma barra de status na parte superior da tela e no canto inferior direito há uma casa pequena indicando as fases que ainda não foram desbloqueadas.

No *PetMania*, a expressão do fundo de tela consiste em um cômodo na cor marrom, com uma porta ao fundo e chão cinza, enquanto a expressão do menu consiste em uma barra na parte inferior da tela, com diversas opções, dentre elas a de convidar amigos, representada por ícone retangular na cor azul, com o desenho de um *avatar* na cor amarela, com variados ícones acima dessa barra, setas de retorno ou adiante nos cantos esquerdo e direito, respectivamente, entre outros. Há, também uma barra de status na parte superior da tela e no canto inferior direito há uma casa pequena indicando as fases que ainda não foram desbloqueadas.

A barra de status localizada na parte superior da tela é um recurso que aparece para informar o jogador, pois apresenta a quantidade de dinheiro que o usuário tem disponível, a sua energia e outros. Assim sendo, a barra de status é um elemento da interface do jogo e, portanto, funcional. Na linha do entendimento expressado na decisão do caso *Tetris Holding LLC and The Tetris Company LLC v. Xio Interactive Inc*, deve ser analisada a expressão de elementos funcionais para fins de conferência ou não de proteção autoral.

Conforme foi visto na análise feita sobre os jogos *CityVille* e *MegaCity*, a existência de barra de status em jogos sociais é padrão, diferenciando-se pela forma de expressão dos elementos contidos nessa barra. Por ser padrão para jogos sociais, a barra de status se enquadra na *scènes à faire* doctrine, desenvolvida nos Estados Unidos, e com a sua racionalidade aplicada nas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme visto no subcapítulo 1.3. Em razão do exposto, a barra não será analisada para fins de proteção autoral, tão somente as expressões contidas nela.

Com relação as expressões escolhidas pelas desenvolvedoras, cumpre esclarecer que existe um número muito limitado de formas de expressão de moeda, dinheiro e energia. A expressão de moedas através de círculos dourados com um cifrão ou de dinheiro através de

retângulos na cor verde, com arte semelhante ao dólar, envoltos por um suposto atilho, por exemplo, são representações comuns e necessárias.

Em razão da relação existente entre tais expressões e códigos binários (código-objeto), é correta a aplicação da Lei 9.609/98. Referida lei, em seu artigo 6º, inciso III, prevê que não constitui ofensa aos direitos do titular de programa de computador a ocorrência de semelhança com outro programa em razão de limitação de forma alternativa de expressão. É o caso dos elementos em comento. Só existe um número limitado de formas de expressar dinheiro, energia e outros, motivo pelo qual qualquer semelhança entre tais expressões não pode sustentar a tese de violação de Direito de Autor.

O menu de opções do *PetVille*, localizado na parte inferior da tela, utiliza a mesma disposição que o menu de casas estudado no subcapítulo anterior, mas ao invés de retângulos com as casas, utiliza o contorno de uma casa, com fundo na cor branca. Conforme visto no início desse subcapítulo, o design escolhido é comum e facilmente encontrado em sites de pesquisa de vetores, de modo que carece de novidade objetiva. Ausente um dos requisitos necessários para configuração da proteção autoral, desnecessária a análise dos demais.

As setas indicando anterior ou a frente, por serem elementos informativos ao usuário, fazem parte da interface do jogo, elemento funcional. Quanto a expressão adotada, existe um número extremamente limitado de formas de expressas flechas, sendo que a adotada é uma das mais comuns. Em razão de sua relação com o programa do computador, é possível aplicar o inciso III do artigo 6º da Lei 9.609/98, afastando, assim, suposta violação de Direito de Autor.

Por fim, quanto ao cenário de fundo, no *PetVille* é representado com o piso na cor marrom, paredes na cor azul e uma janela, apresentando forma padrão de quarto. Enquanto no *PetMania* o piso é na cor cinza, as paredes são na cor marrom (próximo ao tom vinho) e há uma porta, também no formato padrão de quarto. Desse modo, nenhum dos cenários possui novidade objetiva. Na ausência desse, impossível o reconhecimento de proteção autoral.

Os demais menus indicados, além de serem funcionais e, portanto possuírem pouca margem para expressão artística, são diferentes de um jogo para o outro.

Quadro 23 – Menu “arranjo de flores”

PetVille (Zynga)	PetMania (Vostu)
------------------	------------------



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

No quadro comparativo acima identifica-se que as flores estão em cantos opostos – no *PetVille* está na esquerda e no *PetMania* está na direita – e os desenhos que as identificam são notoriamente diferentes. Enquanto no *PetVille* a flor ocupa um tamanho mínimo dentro de um círculo verde, no *PetMania* a flor ocupa um tamanho grande dentro de quadrado branco.

Além da funcionalidade dos elementos, frases como “arranjo de flores” ou “escolha as flores do seu buquê!” não possuem novidade objetiva nem um mínimo de criatividade premiável.

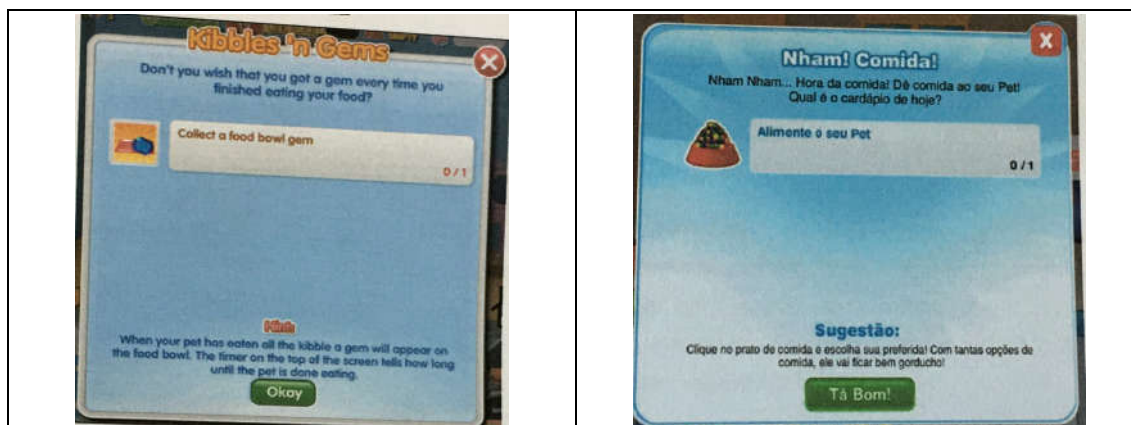
O “prêmio borboleta de ouro” não é elemento comum em jogos sociais. Em ambos os jogos a ideia é um prêmio nominado borboleta de ouro. No *PetVille*, a expressão é uma borboleta amarela com laranja, apresentada em tamanho pequeno, com medidas desproporcionais de modo que a imagem ficou mais alongada e aparece junto com outros três elementos, que se assemelham a vasos. No *PetMania*, a expressão é uma borboleta amarela com laranja, apresentada em destaque, com medidas proporcionais de modo que a imagem ficou nítida e aparece perto de um vaso.

Contudo, ambas as imagens utilizadas para ilustrar a borboleta são comuns e visam a reproduzir borboletas reais. A existência do referido prêmio em ambos os jogos traz a impressão de cópia entre os jogos, mas não é possível reconhecer violação a Direito de Autor onde não há o referido direito.

O quadro comparativo a seguir tem a mesma linha do quadro anterior, pois é elemento funcional desprovido de originalidade, por total ausência de novidade objetiva e, conseqüentemente, de criatividade premiável.

Quadro 24 – Menu de alimentação do animal

PetVille (Zynga)	PetMania (Vostu)
------------------	------------------



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

Frases como “alimente o seu pet” ou “collect a food bowl gem” são frases utilizadas no cotidiano de empresas do ramo alimentar para cães e gatos. Desse modo, representam a realidade e, portanto, carecem de novidade objetiva.

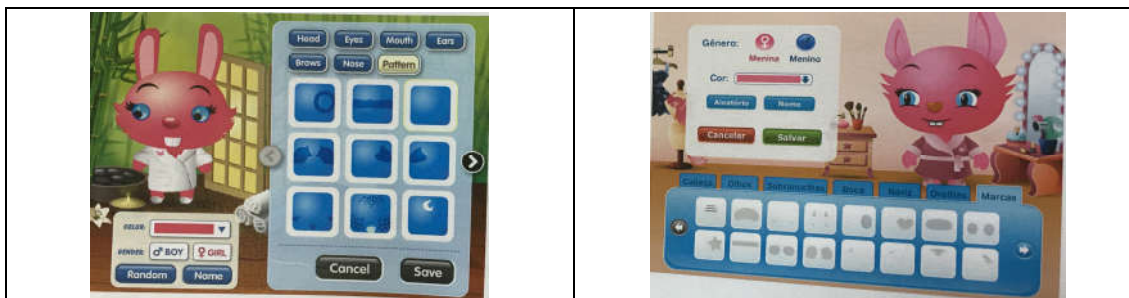
No mesmo sentido é o ícone do pote de ração, que possuem um número muito limitado de formas de expressão, confundindo-se com a ideia do pote em si. Em razão dessas características, somada à sua relação com a programação do jogo, é possível a aplicação do inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98, que encontra instituto semelhante no ordenamento estadunidense – merger doctrine.

Além desses casos que foram indicados no corpo do parecer, o parecerista juntou outros exemplos do que entendeu como violação de direitos de autor. Dentre os exemplos consta desde barra com roupas a serem escolhidas pelo jogador para o seu *avatar* até tela de “bônus de boa vizinhança”, todos elementos funcionais. Em razão de tudo o que já foi exposto, entende-se já ser possível compreender que uma barra com as roupas a serem escolhidas – e afins – não possui novidade objetiva, nem criatividade premiável, motivo pelo qual se trabalhará somente os exemplos mais complexos.

A análise iniciará com a tela de “criação de personagem”, em seguida a de “compra de mobiliário”, para se finalizar com a de “bônus de boa vizinhança”. A tela de criação de personagem é apontada como violação por haver a customização da cabeça, olhos, sobrancelhas, boca, nariz, orelhas e marcas em ambos os jogos. Foi apontado também, o uso em ambos os jogos da possibilidade de escolha da sexualidade do *avatar* entre masculino e feminino – com o sinal de cada uma das opções – e de sua cor.

Quadro 25 – Tela de criação de personagem

PetVille (Zynga)	PetMania (Vostu)
------------------	------------------



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

Primeiramente, a questão quanto a aparência do *avatar* já foi explicada cima. Não se pode reconhecer violação de direitos de autor em razão de uma identidade entre as partes do corpo customizadas, em razão da simples impossibilidade de proteção dessas partes. Uma boca só pode ser representada em um número limitado de formas para que se mantenha fidedigna à realidade, seja uma boca humana, de coelho, de cachorro, ou de outro ser vivo. Dessa forma, a expressão se funde com a ideia, impossibilitando a proteção autoral da expressão, por conferir indiretamente uma proteção a ideia. É o previsto no inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98, já abordado acima, cujo equivalente estadunidense é a *merger doctrine*.

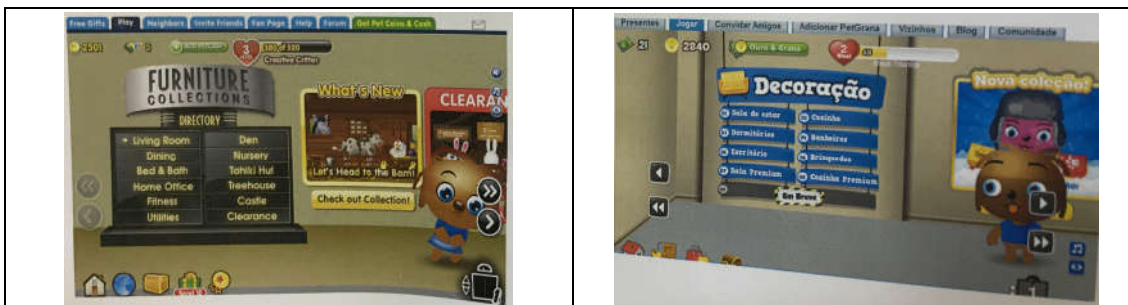
Caso a referência do parecerista seja às abas que contam com as partes do corpo, de qualquer forma não se pode conferir proteção autoral. Nesse contexto por se tratar de elemento funcional do jogo, cuja expressão utilizada é adotada desde os primeiros programas de computador. Assim, deve ser aplicado o inciso III, do artigo 6º, da Lei 9.609/98 e, nos Estados Unidos, a *merger doctrine*.

Da mesma forma não há como conferir proteção autoral a utilização de campo com a possibilidade de escolha do sexo do *avatar*, entre feminino e masculino, ou da utilização do símbolo de feminino e masculino associado ao sexo, pois se trata de funcionalidade do jogo e de símbolos em domínio público. O que é protegível nas imagens em comparação é o fundo de tela utilizado, mas no caso trata-se de fundos extremamente diferentes, motivo pelo qual não foi suscitado no parecer.

A segunda comparação que se analisará é referente às telas de “compra de mobiliário”.

Quadro 26 – Tela de compra de mobiliário

<b>PetVille (Zynga)</b>	<b>PetMania (Vostu)</b>
-------------------------	-------------------------



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

As telas de ambos os jogos trazem a ideia do *avatar* em um cômodo em frente a um móvel com a listagem de categorias de mobiliário e um quadro com novidades. No *PetVille*, o móvel com a listagem de categorias simula um hack de televisão, constando o título “Furniture Collections” em um letreiro cinza e preto na localização aproximada de onde ficaria a televisão em um hack real. Enquanto no *PetMania*, o móvel com a listagem simula prateleiras suspensas, com o título “Decoração” em branco com fundo azul no que seria a prateleira mais alta.

Em ambos os casos, tratam-se de formas comuns que tentam simular formas reais, razão pela qual são desprovidas de novidade objetiva e de criatividade premiável. No caso, conferir proteção autoral seria premiar uma cópia não idêntica pela simples ausência de identidade literal com o que já está em domínio público.

No *PetVille*, o quadro com novidades mostra um celeiro com algumas frases como “check out collection!”, enquanto no *PetMania* o referido quadro mostra um *avatar* na neve com sacolas e a frase “Nova Coleção”. Depois de isolar os elementos, no intuito de identificar os protegidos, é possível verificar que a imagem do celeiro representa uma imagem real. Por ser uma cópia virtual do que já existe na realidade, o elemento carece de novidade objetiva e, consequentemente, de criatividade. Desse modo, a tela em comento carece de proteção autoral.

Sob a ótica estadunidense deve ser analisada a não cópia e o mínimo de criatividade. Já ficou evidenciado ao longo do subcapítulo anterior e deste que houve acesso pela *Vostu* à obra da *Zynga*. Com relação a criatividade, a Suprema Corte estadunidense definiu que mesmo o trabalho “grosseiro, humilde ou óbvio” terá uma “centelha criativa”, exigindo somente que não resulte de trabalho mecânico.

Para o ordenamento jurídico estadunidense, é possível o reconhecimento de criatividade na utilização de elementos reais com pouquíssimas alterações em ambientes virtuais. Desse modo, o *hack* e a estante adaptados são protegidos por Direito de Autor.

Após a identificação dos elementos protegidos, com base no *AFC Test*, deve ser feita a comparação entre eles. Ocorre que, no caso, em um jogo consta um *hack* de televisão e

no outro uma estante, bens diferentes. Frente a diferença em questão, nitidamente ausente qualquer violação de Direito de Autor.

A última tela a ser analisada é a referente ao “Bônus da Boa Vizinhança!”. Após a abstração da ideia de sua expressão, é possível identificar a ideia de um avatar triste, que ao visitar seus vizinhos recebe vantagens.

Quadro 27 – Tela de bônus de vizinhança

PetVille (Zynga)	PetMania (Vostu)
	

Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

No *PetVille*, a expressão da ideia referida anteriormente é feita por intermédio de um *avatar*, que é um cachorro amarelo com um guarda-chuva, dotado de expressão facial de tristeza, com uma paisagem de fundo que simula um campo, onde constam árvores, uma casa, a sombra de uma cidade ao fundo e nuvens cinza escuro. À direita de quem visualiza a tela consta um quadro indicando a quantidade de amigos, divididos nas cores verde, amarelo e vermelho, e o total de bônus coletados. Na parte inferior da tela consta um medidor de felicidade expressado em forma de velocímetro de 180° (cento e oitenta graus).

No *PetMania*, o *avatar* é um animal amarelo, sem espécie identificada, com expressão facial de tristeza, com uma paisagem de fundo que simula um campo, onde constam troncos de árvores cortados e horizonte azul escuro com nuvens cinza escuro. À direita de quem visualiza a tela consta um quadro indicando a quantidade de amigos, divididos nas cores verde, amarelo e vermelho, e o total de bônus coletados. À esquerda de quem visualiza a tela consta um medidor de felicidade expressado em forma de termômetro.

O próximo passo é a análise das expressões protegidas. A problemática envolvendo os *avatares* já foi comentada acima, motivo pelo qual somente se reitera que, com base na doutrina brasileira, os *avatares* são protegidos. No caso em análise, os *avatares* são diferentes, apesar de ambos serem amarelos, por isso não é necessária uma análise mais apurada.

Quanto às paisagens de fundo de tela, em ambos os jogos são utilizadas paisagens comuns e, portanto, sem novidade objetiva e sem criatividade premiável, razão pela qual não protegidas por Direito de Autor.

O quadro indicativo da quantidade de amigos, não há informação no processo quanto a existência de quadro exatamente igual ao utilizado pela *Zynga*, bem como não foram encontradas imagens semelhantes no buscador Google Imagens e no site de pesquisa de vetores *Shutterstock*. Desse modo, está presente a novidade objetiva necessária para concessão de proteção autoral.

Quanto a criatividade, como visto no subcapítulo 1.2., é a movimentação do intelecto humano com objetivo de criar algo novo. Como a imagem foi elaborada pelo intelecto humano e atende ao requisito da novidade objetiva, é imperioso o reconhecimento de proteção autoral sobre o quadro indicativo de amigos.

Sob a ótica estadunidense o resultado será o mesmo. Como já foi identificada a existência de acesso prévio a obra da *Zynga* pela *Vostu*, pende somente a análise da criatividade. Com a decisão proferida no caso *Feist*, a Suprema Corte reconheceu que até mesmo um trabalho óbvio possui uma centelha criativa. Assim, deve ser reconhecida a proteção por Direito de Autor ao quadro em comento.

Contudo, quanto menor é o grau de criatividade empregada, menor será a sua proteção. No caso sob análise o grau de criatividade é tão pequeno que a proteção só recai quanto a cópia literal, o que não ocorreu. Desse modo, não pode ser reconhecida violação aos Direitos de Autor da *Zynga*.

Os medidores de felicidade, seja o termômetro ou a espécie de velocímetro de 180°, são representações virtuais de aparelhos existentes na realidade. Em razão de seu caráter utilitário, só existe um número limitado de formas de reproduzir um termômetro ou um velocímetro. Em razão da relação existente com a programação do jogo, é possível aplicar o inciso III do artigo 6º da Lei 9.609/98 ao caso, motivo pelo qual não será reconhecido como ofensa aos Direitos de Autor do titular do programa a similaridade decorrente dessas expressões. De qualquer forma, a forma de termômetro utilizada pela *Zynga* é diferente da forma de velocímetro utilizada pela *Vostu*.

Conforme supra demonstrado, com base nas leis brasileiras, foi reconhecida a proteção autoral sob os três avatares desenvolvidos pela *Zynga* e sob o quadro indicativo de amizade. No caso dos avatares não foi reconhecida violação em razão da aplicação da exceção prevista no inciso VIII, artigo 46 da Lei 9.610/98, enquanto no caso do quadro indicativo de



amizade não houve violação porque a proteção recaiu somente sobre sua literalidade, que não foi copiada.

Sob a ótica do ordenamento estadunidense, foi reconhecida proteção autoral aos três avatares desenvolvidos pela *Zynga*, ao *hack* e estantes constantes na tela de compra de mobiliário, e aos quadros indicativos de amizade. Em nenhum dos três casos houve fato de violação de Direito de Autor, pois no primeiro caso foi possível a aplicação do *fair use*, no segundo os elementos conflitantes eram diferentes (*hack* e estante) e no terceiro a proteção recaiu sob a literalidade da imagem, que não foi copiada.

Não foi reconhecida proteção dos demais elementos em razão, majoritariamente, da ausência de novidade objetiva e aplicação da limitação prevista no inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98, que encontra correspondência estadunidense na *merger doctrine*. Ressalta-se que as análises realizadas não tiveram enfoque no âmbito concorrencial, tão somente no autoral.

### 3.1.3 Café World (Zynga) v. Café Mania (Vostu)

A primeira análise do parecerista recai sobre os elementos estruturais da obra, afirmando que a ambientação entre os jogos é extremamente semelhante. Iniciando a análise, é preciso abstrair a ideia dos seus elementos expressivos. A ideia por trás das imagens abaixo é a de construção e gerenciamento de um café em uma cidade.

Quadro 28 – Visão panorâmica do restaurante



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

A *Zynga* expressa essa ideia através de um cômodo nas medidas 6x9 em uma esquina, contendo mesas e cadeiras na cor marrom para os clientes, uma mesa centralizada com a função aparente de dividir o ambiente e expor os pratos e, no restante do cômodo, três fogões dispostos separadamente, um em cada ponta e um ao centro, com uma frigideira em cima de cada um.

A *Vostu* expressa a referida ideia através de um cômodo nas medidas 6x9, ao final de uma rua sem saída, contendo cadeiras na cor vermelha e mesas com toalha de mesa nas cores branca e azul para os seus clientes, três mesas individuais para exposição dos pratos e uma com uma toalha xadrez verde a branca e ao fundo três fogões dispostos separadamente, um em cada ponta e um ao centro, com alimentos em cima do fogão.

Separadas as expressões das ideias, é feita a identificação dos elementos protegidos. Como visto anteriormente, imagens podem ser programadas juntamente à programação do jogo ou elaboradas em software de arte e, por intermédio de ferramentas específicas, serem convertidas em códigos de programação. Desse modo, todas as imagens que constam na tela recém apresentada estão relacionadas, direta ou indiretamente, com a programação do jogo.

Cadeiras, mesas e fogões, quando desenhados de forma simples e visando a reproduzir suas formas reais, possuem um número limitado de formas de expressão. O que somado às considerações recém apresentadas sobre a relação das imagens com a sua programação, leva a aplicação do inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98, que estipula como não violação dos direitos do titular do programa de computador a semelhança que ocorrer em razão de limitação de forma alternativa de expressão.

O cenário do restaurante apresentado nas imagens possui as medidas de 6x9, evidenciando a existência de apenas 54 possibilidades de disposição de um móvel, o que torna a disposição dos bens previsível. Em razão da relação existente entre o cenário apresentado e a programação que o desenvolveu, é possível a aplicação do inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98. Portanto, a similaridade existente entre as imagens, no que se refere ao cenário do restaurante, não pode ser considerada uma violação ao Direito de Autor, por exclusão prevista expressamente em lei.

Ainda sobre os referidos cenários, as medidas adotadas podem ser personalizadas pelo usuário. Independentemente da liberdade do usuário, conforme visto no subcapítulo 2.4. a *United states District Court for the District of New Jersey* decidiu, no caso *Tetris v. Xio*, que as dimensões do tabuleiro virtual eram protegíveis por direito de autor.

Contudo, como mostrado na ocasião, o doutrinador CASTREE explicou que só há um número limitado de dimensões disponíveis antes que o jogo se torne impossível ou

desinteressante. A explicação de CATREE é irretocável e se aplica ao caso em análise. Ainda, admitir proteção autoral sob o tamanho de um cenário é admitir proteção sob elemento exclusivamente funcional.

O inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98 prevê a não ocorrência de violação aos direitos do titular de programa de computador quando houver semelhança causada por força de características funcionais ou de limitação de forma alternativa de expressão. Como visto, então, existe um número limitado de tamanhos de cenário para que o jogo não se torne impossível ou desinteressante, o que se enquadra na limitação de forma alternativa de expressão. E, a proteção de tamanho de cenário equivale a proteção de elementos funcionais. Portanto, a semelhança existente entre os tamanhos adotados para os cenários dos diferentes jogos não viola Direitos de Autor de nenhuma das desenvolvedoras.



Aproveita-se para ressaltar que a barra de status disposta no campo superior – elemento funcional – enquadra-se como cena que deve ser feita (*scènes à faire doctrine*) e, portanto, não possui proteção autoral.

A barra de status que consta na parte superior da tela, como foi visto quando da análise dos dois jogos anteriores, é elemento padrão em jogo social, que precisa existir. Em assim sendo, é enquadrado como *scènes a faire*, doutrina desenvolvida nos Estados Unidos, cuja racionalidade é aplicada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme visto no subcapítulo 1.3. Desse modo, não há proteção que incida sob a barra.

Com relação às expressões utilizadas na referida barra, a expressão de moedas através de círculos dourados com um cifrão ou de dinheiro através de retângulos na cor verde, com arte semelhante ao dólar, envoltos por um suposto atilho, por exemplo, são representações comuns e necessárias, pois há um número muito limitado de formas de expressar tais elementos. Portanto, é necessária a aplicação do inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98, afastando a possibilidade de reconhecimento de violação de Direitos de Autor.

A barra localizada na parte inferior da tela é semelhante à barra de casas existente nos jogos CityVille e MegaCity. E, do mesmo modo, a disposição dos elementos é feita de forma semelhante à disposição utilizada para visualização de pessoas no jogo Social City, lançado em março de 2010. O jogo *City of Wonder*, lançado em agosto de 2010, também exhibe barra semelhante a utilizada por Zynga. Segue comparação entre a obra supostamente copiada e *City of Wonder*:

Quadro 29 – Comparação de barra inferior da tela de visão panorâmica

Café World (Zynga)	City of Wonder (ago./2010)
	

Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juiza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011; <https://www.baixaki.com.br/download/city-of-wonder.htm>

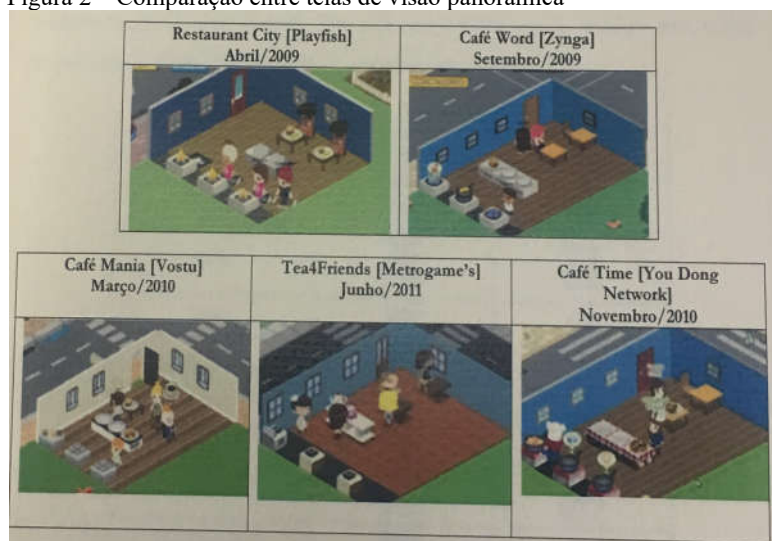
Desse modo, a barra utilizada pela Zynga não possui novidade objetiva, visto que utiliza a mesma disposição de elementos empregada anteriormente por *City of Wonder*. Na ausência de novidade objetiva, não há originalidade e, portanto, não proteção por Direito de Autor.

Sob a ótica do ordenamento estadunidense é necessária a comprovação de que houve acesso à obra supostamente violada. A influência das tratativas existentes entre Zynga e Vostu para preenchimento deste requisito já foi vista acima. Portanto, é possível entender pela existência de acesso pretérito.

Contudo, como o quadro recém apresentado demonstra, em março de 2010 a disposição em questão já era utilizada por outra sociedade empresária (*Playdom – City of Wonder*), motivo pelo qual se realmente há proteção a essa disposição e elementos, o titular dos Direitos de Autor incidentes sob tal arranjo deve ser a *Playdom* ou o programador responsável, conforme política da empresa.

É importante apresentar imagem exposta no processo que demonstra a ausência de novidade objetiva dos elementos das figuras acima e, por consequência, a ausência de criatividade.

Figura 2 – Comparação entre telas de visão panorâmica



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

Em seguida o parecerista apontou violação dos Direitos de Autor incidentes sob os *avatares*. Para ilustrar a sua afirmação trouxe apenas um exemplo, no qual o *avatar* aparece com um cabelo loiro, com corte moicano, sobrancelhas com a mesma cor, pele clara e olhos grandes.

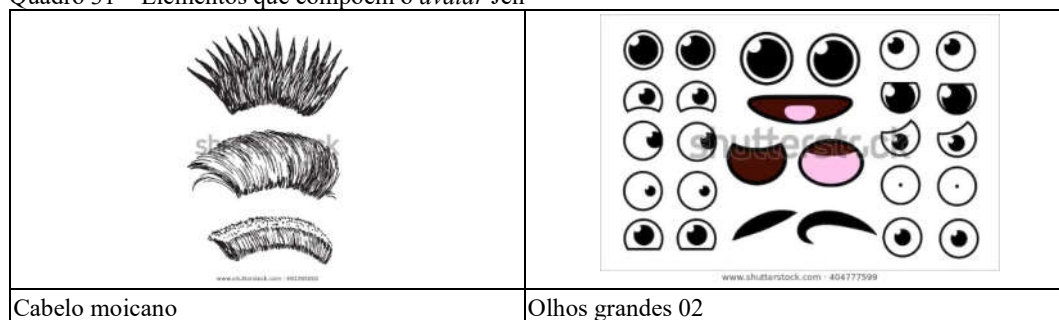
Quadro 30 – Avatar Jen



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

No mesmo sentido do que foi trazido ao se analisar os *avatares* do jogo *PetVille*, os elementos que compõem o *avatar* em questão são elementos que se encontram em domínio público, sendo facilmente encontrados em bancos de vetores:

Quadro 31 – Elementos que compõem o avatar Jen



Fonte: <https://www.shutterstock.com/pt/image-vector/iroquois-types-pointed-breakwater-short-hand-693395050>; <https://www.shutterstock.com/pt/image-vector/vector-cute-cartoon-eyes-mouths-muzzle-404777599>

Com base nessas imagens é possível afirmar que os elementos em si não são protegidos por Direito de Autor frente a ausência de novidade objetiva. Com base na classificação feita por BRANCO, obras não protegidas por Direito de Autor são obras em domínio público. Portanto, os elementos em comento estão domínio público.

A mera junção de elementos em domínio público não merece proteção autoral. É necessário haver novidade objetiva e um mínimo de criatividade à composição ou a composição em si evidenciar uma criatividade premiável. Em pesquisa por imagem nos buscadores de conteúdo Google Imagem e *Shutterstock* não foi encontrado nenhum avatar igual ao elaborado pela *Zynga*. Em que pese a pesquisa ser falha, é o mecanismo disponível para verificação do requisito sob análise. Sendo assim, frente a ausência de equivalente ou similar, deve ser reconhecida a novidade objetiva necessária para conferência de proteção autoral.

Como visto, a doutrina brasileira entende criatividade como “a movimentação do intelecto humano com objetivo de criar algo novo”<sup>394</sup>. Considerando a definição trazida, ao elaborar o avatar em comento, houve movimentação do intelecto humano com o objetivo de criar algo novo. Portanto, para a doutrina brasileira, o avatar elaborado por *Zynga* é protegido por Direito de Autor.

Sob a ótica do ordenamento estadunidense, deve ser verificada a existência de não cópia e de um mínimo de criatividade. Como visto, a não cópia é verificada mediante a ocorrência de acesso ou não à obra supostamente violada. Em razão das negociações havidas entre *Zynga* e *Vostu* no final do ano de 2010 e início do ano de 2011, será considerada a existência de acesso prévio pela *Vostu* à obra da *Zynga*.

<sup>394</sup> WACHOWICZ, Marcos; BIANCAMANO, Manuela Gomes Magalhães. Direito autoral, criatividade e plágio na economia criativa. *PIDCC – Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição*, Aracaju, a. III, n. 6, p. 196-21, jun. 2014.

Com a definição de que mesmo o trabalho “grosseiro, humilde ou óbvio” terá uma “centelha criativa”, somente trabalhos puramente mecânicos não recebem proteção por Direito de Autor. Assim, a junção de elementos em domínio público, mesmo que óbvia, caracteriza a “centelha criativa” necessária para configuração do mínimo de criatividade exigido. Desse modo o avatar em comento recebe proteção por Direito de Autor nos Estados Unidos.

Frente a proteção existente e as datas de lançamento dos respectivos jogos (CaféWorld em setembro de 2009 e CaféMania em maio de 2010) é possível afirmar que houve cópia pela Vostu do avatar de titularidade da Zynga. Contudo, é necessária a verificação da possibilidade de aplicação do inciso VIII, artigo 46 da Lei 9.610/98 e do fair use, estadunidense.

Relembrando, segundo o inciso VIII, artigo 46 da Lei 9.610/98 não constitui violação ao direito de autor a reprodução em qualquer obra de pequenos trechos de obras preexistentes, desde que a reprodução não seja o objetivo principal da obra, não prejudique a exploração normal da obra utilizada e não cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor.

Como visto, exploração normal é a exploração corriqueira do mercado e interesse legítimo é o interesse que o autor possui em razão de uma expectativa criada, seja previsão legal ou prática de mercado. O intuito da regra é evitar que a cópia coloque o copista em concorrência com o autor.

No caso, em 2011, ano de ajuizamento do processo, a Vostu só atuava no mercado brasileiro, enquanto a Zynga só atuava no mercado estadunidense, vindo a ingressar no brasileiro somente em 2012, dois anos após o lançamento do CaféMania pela Vostu. Desse modo, quando a Vostu lançou o jogo com a cópia não havia concorrência entre as empresas e a cópia não colocou a Vostu em posição de concorrência com a Zynga. Haja vista atuarem em mercados diferentes (Vostu no Brasil e Zynga nos Estados Unidos) quando a cópia ocorreu, não houve qualquer interferência na relação de concorrência, visto que esta não existia.

A exploração corriqueira da obra pela Zynga não foi prejudicada pela cópia realizada e explorada pela Vostu em seu jogo, visto que a Zynga não explorava a obra no Brasil. Por não atuar no mercado brasileiro, não havia prática de mercado passível de gerar alguma expectativa à Zynga. Quanto à possibilidade de criação de expectativas em razão de previsão legal, a Lei 9.610/98 e 9.609/98 prevê a proteção autoral, mas também prevê as limitações aplicadas nessa análise, motivo pelo qual não houve frustração a expectativas. Desse modo, é necessária a aplicação da limitação prevista no inciso VIII, artigo 46 da Lei 9.610/98, afastando, assim, a violação de Direito de Autor.

Quanto à aplicação do fair use, a situação sob análise não se enquadra em nenhum dos casos listados no §107 do Copyright Act vigente, pois não se trata de crítica, comentário, reportagem jornalística, ensino, conhecimento ou pesquisa. Deve-se, então, analisar (i) “o objetivo e caráter do uso, incluindo se o uso tem natureza comercial ou é para fins educacionais não lucrativos”; (ii) “a natureza do trabalho”; (iii) “a quantidade e substancialidade da porção utilizada em relação a obra copiada como um todo”; e (iv) “o efeito do uso no potencial mercado da obra e o seu valor nesse mercado.

Como visto no subcapítulo 2.4., a primeira exigência recém arrolada se refere à necessidade de que a obra nova altere a pretérita, trazendo “nova expressão, significado ou mensagem”. No caso, a parcela copiada (avatar) não foi alterada.

A existência de lucro deve ser analisada após a verificação das demais exigências, pois depende do contexto em que está inserida a prática.

A natureza do trabalho está relacionada com o grau de criatividade; quanto mais criatividade expressa na obra, maior é a proteção e menor é o escopo de aplicação do fair use. Ocorre que, como visto, trata-se de obra com baixíssimo grau de criatividade, devendo ser entendido que a natureza do trabalho violado pesa a favor da aplicação do instituto em comento.

Como referido anteriormente nessa análise, a quantidade violada é extremamente pequena, assim como a sua substancialidade. Considerando a integralidade da obra, houve somente a violação do Direito de Autor existente sob o avatar em comento, o que representa uma parcela muito pequena da obra copiada. A substancialidade exige que a parcela copiada seja relevante de forma a conduzir as lembranças do usuário ao jogo copiado. Ou seja, ao visualizar o avatar, o usuário deve lembrar-se do jogo da Zynga.

No caso, a referida condução não está presente, pois o avatar em análise corresponde a somente uma possibilidade dentre as inúmeras disponíveis ao usuário. O jogo disponibiliza diversos cortes de cabelo, olhos, cor, roupas, de modo que o avatar em comento não leva o usuário a lembrar-se do jogo CaféWorld. Portanto, a quantidade e substancialidade pesam a favor da aplicação do fair use.

Por fim, a última exigência refere-se a efeito no mercado: o efeito do uso no potencial mercado e o seu valor nesse mercado. À época do processo, o mercado brasileiro não era explorado pela Zynga, de modo que se apresentava como um mercado em potencial, tanto que foi somente em 2012 que iniciou suas atividades no Brasil. Desse modo, quando ajuizado o processo, a Zynga sequer disponibilizava os seus jogos no mercado brasileiro, de modo que não havia um valor no mercado. Em razão da inexpressividade do avatar copiado, é possível afirmar que não houve qualquer efeito no mercado em potencial.



Nesse contexto, a utilização do avatar em obra com fins de exploração econômica ganha menor relevância, bem como, frente a inexpressão do avatar copiado, a cópia integral também não afeta o resultado da análise. Considerando que os requisitos para aplicação do fair use visam a evitar um prejuízo concorrencial, que não foi encontrado com a análise realizada, é possível a aplicação do fair use, afastando, assim, a violação ao Direito de Autor.

Em seguida, o parecerista aponta a cópia de imagens e cenas de ação e exemplifica com a imagem abaixo.

Quadro 32 – *Avatar cozinhando*



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

A ideia contida nas imagens acima é de um avatar cozinhando. Como expressão, a Zynga utilizou, na primeira imagem, um fogão, com uma boca, posicionado de frente para o avatar, uma frigideira e um disco vermelho para simular carne. Na segunda imagem, utilizou um fogão, com uma boca, posicionado de frente para o avatar, uma frigideira e pão, bife e queijo sobrepostos.

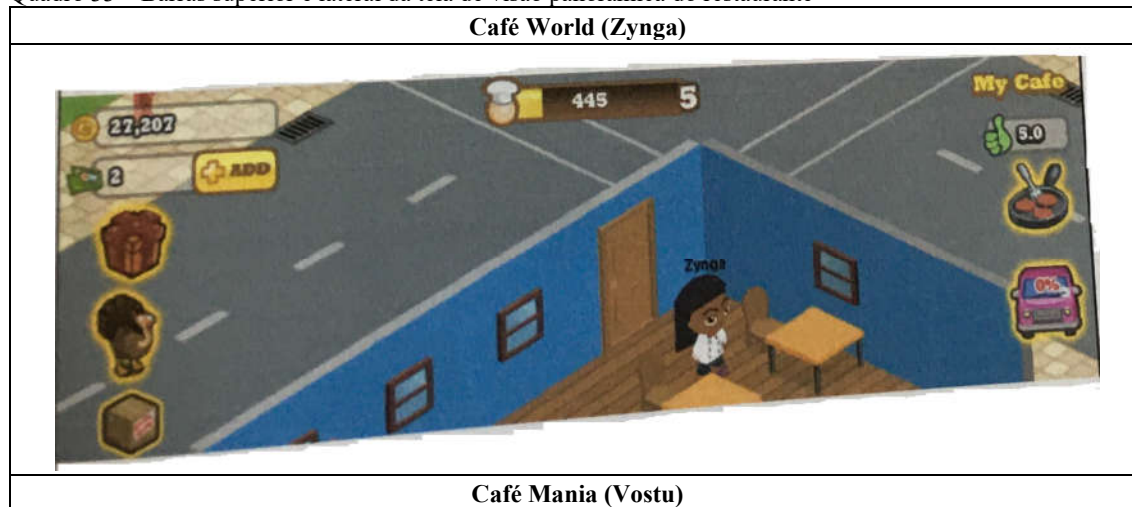
A Vostu expressou a mesma ideia através de um fogão, com uma boca, posicionado de lado para o avatar, de modo que é possível identificar os botões para acendê-lo, uma frigideira e um disco vermelho para simular carne. Na segunda imagem, é possível identificar o uso de fogão, com uma boca, posicionado de lado para o avatar, de modo que é possível identificar os botões para acendê-lo, uma frigideira e bife e queijo sobrepostos.

Inicialmente, é possível afirmar que o direcionamento de um avatar até o fogão e a preparação de um alimento como cena necessária e padrão para um jogo social de culinária. Portanto, deve ser aplicada a *scènes à faire doctrine*, criada nos Estados Unidos, cuja racionalidade é aplicada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme visto no subcapítulo 1.3.

Conforme descrição realizada anteriormente, os elementos que compõem a imagem são fogão, frigideira, disco vermelho para simular carne, pão, bife e queijo. Todos os elementos recém narrados, para que representem elementos reais, possuem forma limitada de expressão. Como são elementos atrelados à programação, deve ser aplicado o inciso III, artigo 6º a Lei 9.609/98, que encontra semelhante no ordenamento estadunidense – *merger doctrine*.

O confronto seguinte refere-se aos menus e barras de interface do usuário, todos elementos funcionais. O parecerista Lycurgo Leite referiu que em ambos os jogos há utilização da expressão “Meu Café” (“My Cafe”), para apontar que se trata do café do usuário, sendo que, abaixo desse termo, no jogo da Zynga há um sinal de positivo e no da Vostu há um *emoticon* sorrindo.

Quadro 33 – Barras superior e lateral da tela de visão panorâmica do restaurante





Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

Conforme já visto acima, a barra de status está para os jogos sociais assim como a barra de vida está para os jogos de luta, enquadrando-se como cena que deve ser feita (*scènes à faire doctrine*) e, portanto, não protegível por direito de autor.

Com relação aos menus, os ícones dispostos à esquerda e à direita da tela em ambos os jogos, em nada se assemelham. No *Café World* consta um presente, um peru e uma caixa, à esquerda, e uma frigideira e um carro à direita, enquanto no *Café Mania* consta um suco, a torre *Eiffel*, uma cafeteira, e um cupom de desconto, à esquerda, e menu de aproximação, som, volume e outros, à direita.

Desse modo, a imagem apresentada não traz nenhum elemento protegido por Direito de Autor, de modo que não é possível reconhecer qualquer violação.

Foi apontado, ainda, que as telas apresentam a mesma estrutura de comunicação, os mesmos textos e a mesma apresentação visual. A estrutura de comunicação, indicada pelo parecerista, utiliza somente elementos funcionais do jogo, mas, como visto acima, a expressão desses elementos deve ser analisada.

Quadro 34 – Tela informativa sobre café e outras bebidas

Café World (Zynga)	Café Mania (Vostu)

Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

Inicialmente deve ser separada a ideia de sua expressão. A ideia expressada na tela do *Café World* é informar o usuário acerca da relação existente entre energia e café e utilização do café. No *Café Mania* a ideia é informar usuário a possibilidade de escolha da bebida e como obter a bebida. Ao comprar as ideias recém expostas, é possível notar que são diferentes. Mesmo que a ideia sobre a informação a ser fornecida ao usuário seja diferente, devem ser analisadas as expressões adotadas.

No *Café World* há um menu de explicações sobre “passar café”, “servir café”, “barra de energia” e “domínio do café”. A ideia foi expressada através de um menu que simula uma ficha de arquivo com 04 (quatro) abas, cada uma com o título das explicações. A explicação à mostra refere-se a “passar café” e explica que o café custa energia da barra de energia e que a máquina de café só consegue passar um pote cheio e que, portanto todos os copos devem servidos antes de passar um outro pote. A explicação é finalizada afirmando que se o jogador ficar sem energia deve voltar mais tarde ou usar um refil. Ao lado da explicação há a figura de uma cafeteira.

O *Café Mania* replicou a ideia e a expressou também através de um menu que simula uma ficha de arquivo com 04 (quatro) abas, cada uma com os títulos “escolhendo bebidas”, “servindo bebidas”, “barra de energia” e “domínio do café”. A explicação à mostra refere-se a “escolhendo bebidas” e explica que para escolher suco ou café basta clicar na máquina da bebida desejada e escolher o sabor pelo botão selecionar, afirmando que o jogador pode mudar a bebida escolhida à qualquer momento do jogo, bastando clicar na máquina novamente e escolher outro sabor. A explicação é finalizada afirmando que os cafés e sucos possuem características diferentes, algumas bebidas conferem ao usuário “CaféOuro”, enquanto que outras conferem “XP” e outras, ainda, popularidade. Ao lado da informação há a figura de um café.



Iniciando pela análise do *Café World*, a ficha de arquivo com abas – forma escolhida por ambos os jogos – é desprovida de qualquer novidade objetiva, pois reproduz ficha existente no mundo real. Em razão de reproduzir um elemento real, há somente um número limitado de formas de expressá-la. O texto apresentado reduz-se a mera instrução de como funciona a cafeteira e a relação do café com a energia, não possuindo criatividade premiável.

Por fim, a imagem de cafeteira estampada na tela é ilustração de máquina existente, de modo que só há um número limitado de formas de reproduzi-la. Em razão da relação existe entre os elementos e a programação do jogo, deve ser aplicado o inciso III, artigo 6º da Lei

9.609/98, no que se refere a limitação de expressão e a funcionalidade, de modo que não há violação de Direito de Autor. Frente a essa análise, é dispensável analisar a tela do jogo Café Mania.

Seguindo a análise quanto aos textos e apresentação visual, o conflito suscitado é o demonstrado no quadro comparativo abaixo. Houve especial ressalva quanto a utilização de letras maiúsculas para as palavras “waiter” e “garçom”, no jogo da *Zynga* e no da *Vostu*, respectivamente, e a aparição das expressões “Let’s hire a friend” e “Vamos contratar um amigo”.

Quadro 35 – Tela informativa sobre contratação de empregado e abertura do café

Café World (Zynga)	Café Mania (Vostu)
	

Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

O texto contido no jogo da *Vostu* é uma tradução literal do texto contido no jogo da *Zynga*. Ao aplicar o AFC Test deve ser abstraída a ideia de sua expressão. No caso, a ideia é informar que o café só poderá ser aberto após a contratação de um garçom e sugerir a contratação de um amigo para tanto.

A forma de expressão escolhida pela *Zynga* foi a de um *avatar* e um balão de fala com a informação “Now you need a WAITER to serve your dishes to costumers. Let’s hire a friend and open your café”, cuja tradução literal é “Agora você precisa de um GARÇOM para servir os seus pratos aos clientes. Vamos contratar um amigo e abrir o seu café!”.

A forma de expressão adotada pela *Vostu* foi a de um *avatar* e um balão de fala com a informação “Agora você precisa de um GARÇOM para servir os seus pratos. Vamos contratar um amigo e abrir o seu café?”

O próximo passo da análise é a separação dos elementos protegíveis, para somente posteriormente compará-los. A informação e sugestão apresentadas não possuem qualquer resquício de novidade objetiva ou criatividade, visto que a forma mais banal de se informar

acerca da necessidade de contratação de um garçom é afirmando “você precisa de um garçom”. No mesmo sentido é a sugestão de contratação de um amigo.

Assim, a aparente violação não se concretiza em razão da ausência de elementos protegidos por direitos de autor. A tradução feita pela *Vostu* pode indicar outros tipos de ilicitude, como a concorrencial, mas não incorre em violação de direitos de autor pela ausência de incidência dessa proteção ao trabalho originário.

Com relação aos *avatares*, pesquisando por intermédio das imagens dos avatares anteriormente apresentadas, nos buscadores Google Imagem e *Shutterstock*, não foi possível encontrar avatar igual ou semelhante. Apesar de ambos os programas serem falhos, são os recursos atualmente disponíveis para o tipo de pesquisa realizada. Desse modo, é possível reconhecer a existência de novidade objetiva.

Considerando a criatividade como “a movimentação do intelecto humano com objetivo de criar algo novo”, uma vez definido que a imagem em comento cumpre o requisito da novidade objetiva e foi feita por ser humano, estão preenchidos os requisitos para reconhecer a existência de criatividade. Desse modo, é possível conferir proteção autoral aos avatares da imagem em comento.

Sob a ótica do ordenamento estadunidense, para ser reconhecida originalidade, deve haver não cópia e um mínimo de criatividade. Apesar de ter ocorrido acesso à obra finalizada, não houve cópia dos avatares, pois são flagrantemente diferentes. Desse modo, cada avatar foi criação independente de seus autores.

Com relação a criatividade, a Suprema Corte estadunidense definiu que mesmo o trabalho “grosseiro, humilde ou óbvio” terá uma “centelha criativa”, exigindo somente que não resulte de trabalho mecânico. Como os avatares recém apresentados não resultam de atividade mecânica e foram criados de forma independente, deve ser reconhecida a proteção autoral sobre tais obras.

Foi identificada a proteção por Direito de Autor sob os *avatares* apresentados, entretanto não restou configurada a violação desses direitos em razão da aplicação do inciso VIII, artigo 46 da Lei 9.610/98 e, sob a legislação estadunidense, do *fair use*. Os demais elementos arrolados pelo parecerista são elementos funcionais representados por formas comuns, desprovidas de novidade objetiva e criatividade, bem como em razão de objetivarem a reprodução de formas reais, só podem ser expressadas em um número limitado de formas, aplicando, portanto, a *merger doctrine* e o inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98.

Novamente reitera-se que a presente análise é feita exclusivamente sob o ponto de vista do instituto do direito autoral.

### 3.1.4 Zynga Poker (Zynga) v. Vostu Poker (Vostu)

O parecerista inicia a análise com o ícone de introdução ao jogo, afirmando ser nítida a cópia de “mulher ‘vamp’, com olhos fortemente amendoados, lábios carnudos, longos cabelos, pose ‘sexy’ e exibição de duas cartas entreabertas.”

Quadro 36 – Comparação entre ícones de apresentação



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

A primeira fase do AFC *Test* é a abstração entre ideia e sua expressão. “Mulher ‘vamp’” é compreendido como mulher sensual e, portanto, é um conceito, uma ideia. Como visto, ideias não são protegíveis por direito de autor, somente a sua expressão.

As expressões utilizadas por *Zynga* formam uma mulher com “longos cabelos” na cor vermelha e levemente ondulados, repartidos ao meio e cortados de forma reta, pele na cor amarela clara, quase branca, formato de rosto fino, nariz fino e empinado, com “lábios carnudos” na cor vermelha, “olhos fortemente amendoados” com cor clara e sobrancelhas finas e arqueadas.

Já as expressões utilizadas por *Vostu* formam uma mulher com “longos cabelos” na cor preta e extremamente lisos, com franja que esconde quase completamente as sobrancelhas, pele amarela em tom médio, formato de rosto fino, nariz fino, lábios levemente carnudos pintados de vermelho, “olhos fortemente amendoados” na cor marrom claro e sobrancelhas finas.

A utilização de “boca carnuda”, “olhos amendoados” e “longos cabelos” para montar uma personagem sexy são extremamente comuns, é possível dizer que são até esperados. Como exemplo icônico desse estereótipo pode-se citar a personagem Jessica Rabbit, do filme “uma cilada para roger rabbit”, de 1988.

Figura 3 – Jessica Rabbit, personagem de *Uma Cilada para Roger Rabbit*



Fonte: UMA CILADA para Roger Rabbit. Direção: Robert Zemeckis. Produção: Frank Marshall; Robert Watts. Intérpretes: Bob Hoskins; Charles Fleischer; Christopher Lloyd; Kathleen Turner; Joanna Cassidy e outros. Roteiro: Jeffrey Price; Peter S. Seaman. Música: Alan Silvestri. Los Angeles: Touchstone Pictures; Amblin Entertainment, 1988. 104min., color.

O que diferencia cada *avatar* é a forma de expressão dos olhos, boca e cabelo, visto que até a composição desses elementos segue um padrão de beleza (rosto oval fino e traços delicados), além do padrão do corpo humano. Dentre as expressões criadas pela *Zynga* e pela *Vostu*, somente os olhos possuem novidade objetiva, visto que não foram encontradas expressões idênticas.

Considerando que criatividade, para a doutrina brasileira, pode ser considerada como o movimento do intelecto humano para criar algo novo, como já visto acima, o desenho dos olhos de ambos os *avatares* possui criatividade. Portanto, são protegidos por Direito de Autor.

No ordenamento jurídico a criatividade é reconhecida em trabalhos que não sejam mecânicos, mesmo que óbvios. Tendo essa premissa por base, é possível afirmar que os olhos de ambos os *avatares* também recebem proteção no ordenamento estadunidense.

Os lábios e o cabelo utilizados pela *Zynga* são expressões comuns, encontradas em qualquer tentativa de criação de um *avatar* sexy, inclusive, estão presentes na foto trazida acima da personagem Jessica Rabbit. Os lábios utilizados pela *Vostu* seguem os exatos termos recém afirmados, enquanto o cabelo na cor preta com franja imita de forma idêntica penteado já existente no mundo real e em domínio público.

A disposição de tais elementos, formando a face dos *avatares*, é que pode gerar polêmica. Considerando que se trata de elementos, predominantemente, em domínio público, a



disposição deles deve se dar de forma nova e dotada de um mínimo de criatividade. Em seguida é apresentado quadro com personagens desenvolvidas por outras empresas produtoras de jogos.

Quadro 37 – Quadro comparativo entre diferentes *avatares* utilizados em ícones de apresentação

<b>Boyaa Poker (jan. 2010)</b>	<b>Gamble Poker (fev. 2010)</b>	<b>Pacific Poker (jun. 2010)</b>
		
<b>Poker Madness (jan. 2010)</b>	<b>WSOP Poker (Nov. 2008)</b>	<b>VNH Poker (Jun. 2010)</b>
		

Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

É nítido que todos os *avatares* adotam a mesma fórmula: rosto oval fino + olhos amendoados + lábios carnudos + nariz fino + cabelos compridos.

Contudo, em pesquisa por imagem nos buscadores Google Imagem e Shutterstock, não foram encontrados *avatares* idênticos ou similares aos criados por Zynga e Vostu. Ao comparar os *avatares* em comento com os criados por outras desenvolvedoras, conforme quadro recém apresentado, também não é encontrada identidade, bem semelhança (além da fórmula padrão referida anteriormente).

Tendo como premissa que criatividade é o movimento do intelecto humano para criar (sentido não técnico) algo novo e, considerando que os *avatars* sob análise são dotados de novidade objetiva, é possível concluir que tais *avatares* possuem originalidade e, portanto, devem ser protegidos por Direito de Autor.

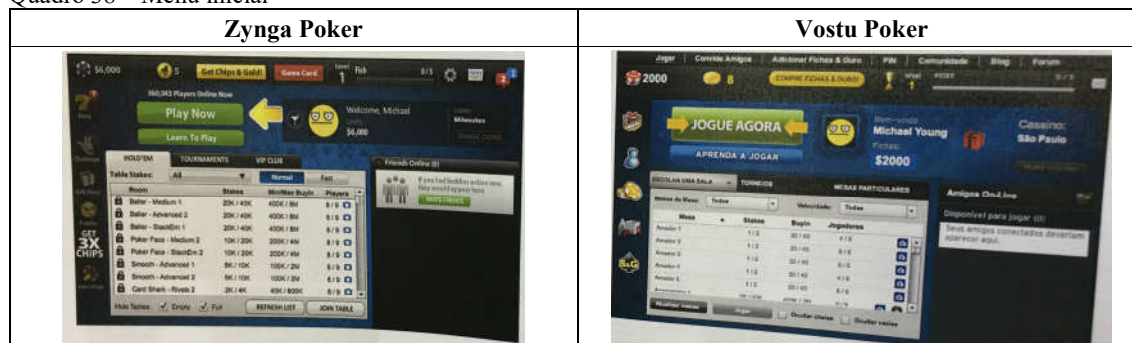
Entretanto, em razão do baixo grau de criatividade, somente a literalidade do design adotado é protegida. Tendo em vista que os *avatares* em comento não são idênticos e somente

guardam similaridade no que se refere a fórmula aqui apresentada, é imperioso concluir que um não viola os Direitos de Autor do outro.

Por fim, a utilização de duas cartas de baralho entreabertas sendo mostradas pela personagem é de uso comum, conforme depreende-se da tabela apresentada, de modo que carece de novidade objetiva. Na ausência deste pressuposto, não se caracteriza a originalidade exigida pelo direito de auto.

Em seguida o parecerista analisou as telas de interface do usuário, indicando que há semelhança quanto à estrutura, conteúdo e cores dominantes. Afirma que houve cópia da “janela em azul com a mesma tonalidade, os botões na cor verde com letras em branco, bem como a estrutura e o conteúdo do menu”.

Quadro 38 – Menu inicial



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

A utilização da coloração azul ao fundo ou a utilização da expressão “Jogue agora/Play now”, não podem ser consideradas isoladamente como violadoras de Direitos de Autor, pelo simples fato de não deterem proteção. A opção por adotar a cor azul para o fundo da tela não é dotada de novidade objetiva ou de qualquer mínimo de criatividade. No mesmo sentido é a utilização da expressão “Jogue agora/Play now” em verde e branco, visto que ausente a novidade objetiva e um mínimo de criatividade.

Abaixo segue tela de jogos do mesmo gênero de titularidade de outras empresas para ilustrar a ausência de novidade.

Quadro 39 – Menu inicial de outros jogos

WSOP Poker	Perfect Poker
------------	---------------




Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011; <https://feelinglucky.es/poker/888poker/>

Percebe-se, assim, que tanto a expressão “Jogue agora/Play now” quanto a combinação das cores verde e branco são de uso comum, desprovida de novidade. No mesmo sentido é a coloração azul.

Quanto a estrutura e conteúdo do menu, frente às imagens apresentadas acima, percebe-se que todos os jogos contam com uma tabela das partidas em andamento e abas de “Tournaments” e de “VIP Club” ou outra expressão com a mesma conotação. Em outras palavras, a tabela é desprovida de novidade objetiva, sem sequer adentrar na questão da criatividade.

Excluindo-se a referida tabela e as barras de ferramentas (parte superior e esquerda da tela), no jogo da *Zynga*, os elementos reduzem-se a botões verdes com escrito em branco “Play Now” e “Learn to Play”, em seguida uma seta amarela, e um retângulo até a extremidade direita da tela. Nesse retângulo consta a ilustração de um copo de Martini, um *emoticon* com fisionomia de entediado<sup>395</sup>, a frase “Welcome, Michel”, o valor em dólares das fichas, a palavra “Casino” e logo abaixo “Milwaukee” e em seguida “change cassino”. Iniciando um novo

<sup>395</sup>  Cf. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

quadro consta a possibilidade de convidar amigos, com a frase “If you have buddies online now, they would appear here” e um botão escrito “Invite Friends”.

No jogo da *Vostu* consta um botão verde e branco escrito “jogue agora”, com uma flecha amarela de cada lado apontado para si, e um botão azul escrito “Aprenda a jogar”. Ao lado consta um *emoticon* com fisionomia de entediado, a frase “Bem-Vindo, Michael Young”, logo abaixo a quantidade em dólares de fichas, ao lado um pacote de presente, ao lado a palavra “Cassino”, logo abaixo escrito “São Paulo” e em seguida “trocar casino”. Iniciando um novo quadro consta a possibilidade de convidar amigos, com a frase “Seus amigos conectados deveriam aparecer aqui”.

Apesar da aparente semelhança, as frases utilizadas são de uso comum, dispostas de forma sequencial ao longo do espaço restante da tela. De modo que quase nenhum dos elementos lá expostos é passível de proteção autoral por flagrante ausência de novidade objetiva e um mínimo de criatividade premiável.


O único elemento que deve ser analisado de forma mais cautelosa é o *emoticon*. Por mais que ele seja uma releitura do *emoticon* “não impressionado”<sup>396</sup>, ao pesquisar, por imagem, nos buscadores Google Imagem e *Shutterstock*, não foi possível identificar *emoticon* idêntico. Portanto, é possível concluir que o *emoticon* criado por *Zynga* possui novidade objetiva.

O mínimo de criatividade exigido pela doutrina brasileira também está presente, pois houve uma movimentação do intelecto humano para criar algo novo. Considerando, ainda, que a novidade absoluta é dispensada para caracterização de novidade objetiva, deve ser reconhecida a proteção autoral do *emoticon* sob análise.

Contudo, o art. 46, inv. VIII, da Lei 9610/98, visto no subcapítulo 1.4., pode ser aplicado ao presente caso. Relembrando, segundo o referido inciso, não constitui violação ao direito autoral a reprodução em qualquer obra de pequenos trechos de obras preexistentes, desde que a reprodução não seja o objetivo da obra em si, não afete a exploração normal da obra e não cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

Como visto, exploração normal é a exploração corriqueira do mercado e interesse legítimo é o interesse que o autor possui em razão de uma expectativa criada, seja por previsão legal ou por prática de mercado. O intuito da regra é evitar que a cópia coloque o copista em concorrência com o autor.

---

<sup>396</sup> , Cf. UNAMUSED face. In: *Emojipedia*. Disponível em: <https://emojipedia.org/unamused-face/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

O uso do *emoticon* se enquadra como reprodução de pequeno trecho pois representa uma parcela ínfima da obra e, por representar parcela ínfima, é possível afirmar que a sua reprodução não é o objetivo da obra supostamente violadora. A utilização desse *emoticon* pelo jogo da *Vostu* não interferiu no mercado existente, visto que a *Zynga* não operava no mercado brasileiro.

O interesse legítimo não será frustrado pois como a *Zynga* não atuava no Brasil, não havia prática de mercado que lhe criasse expectativas sem ser as criadas em decorrente da lei. A Lei 9.610/98 e 9.609/98 prevê a proteção autoral, mas também prevê as limitações aplicadas nessa análise, motivo pelo qual não há como reconhecer frustração de expectativas, sejam elas legais ou decorrentes de prática do mercado.

Considerando que, na época do ajuizamento do processo, *Vostu* e *Zynga* já não eram concorrentes, pois não exploravam o mesmo mercado, o mero uso do *emoticon* não tem o condão de criar uma relação de concorrência inexistente. Desse modo, por mais que haja proteção autoral, não há violação desta pela reprodução do *emoticon*.

Sob o ponto de vista estadunidense, deve ser analisada a possibilidade de aplicação do *fair use*. Conforme já visto, o jogo em comento também não se enquadra como crítica, comentário, reportagem jornalística, ensino, conhecimento ou pesquisa. Devendo, então, ser analisado (i) “o objetivo e caráter do uso, incluindo se o uso tem natureza comercial ou é para fins educacionais não lucrativos”; (ii) “a natureza do trabalho”; (iii) “a quantidade e substancialidade da porção utilizada em relação a obra copiada como um todo”; e (iv) “o efeito do uso no potencial mercado da obra e o seu valor nesse mercado.

O objetivo e caráter do uso tem relação com a necessidade de que a obra nova altere a pretérita, trazendo “nova expressão, significado ou mensagem”. No caso, a parcela copiada (*avatar*) não foi alterada. A existência de lucro deve ser analisada após a verificação das demais exigências, pois depende do contexto em que está inserida a prática.

A natureza do trabalho está relacionada com o grau de criatividade; quanto mais criativo for o trabalho, maior será a proteção e menor será o escopo de aplicação do *fair use*. Como já referido, a obra em comento é dotada de baixíssimo grau de criatividade, devendo ser entendido que a natureza do trabalho violado pesa a favor da aplicação do instituto em comento.

Como referido anteriormente nessa análise, a quantidade violada é extremamente pequena, assim como a sua substancialidade. Considerando a integralidade da obra, houve somente a violação do Direito de Autor existente sob o *avatar* em comento, o que representa uma parcela muito pequena da obra copiada.

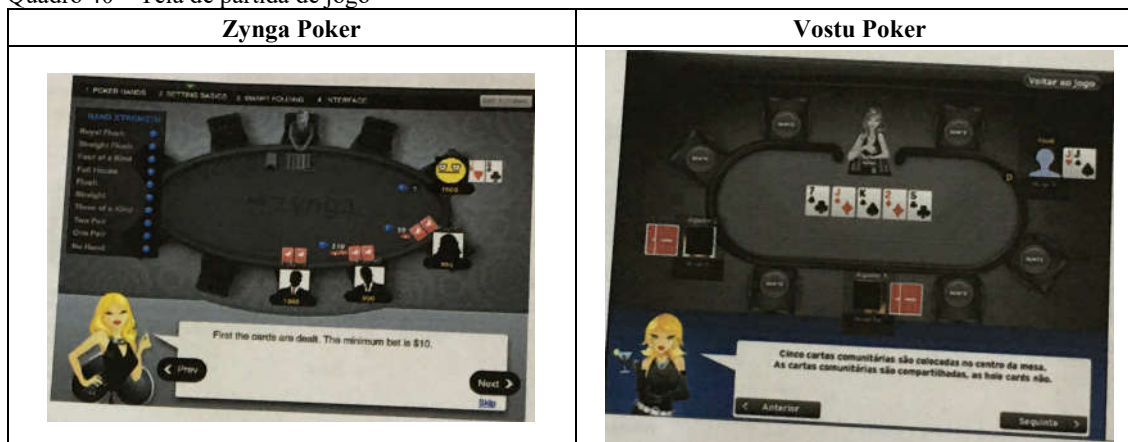
A substancialidade exige que a parcela copiada seja relevante de forma a conduzir as lembranças do usuário ao jogo copiado. Ou seja, ao visualizar o avatar, o usuário deve lembrar-se do jogo da Zynga. No caso, a referida condução não está presente, pois o *emoticon* representa parcela ínfima do jogo. Portanto, a quantidade e substancialidade pesam a favor da aplicação do fair use.

Por fim, a última exigência refere-se a efeito no mercado: o efeito do uso no potencial mercado e o seu valor nesse mercado. À época do processo, o mercado brasileiro não era explorado pela Zynga, de modo que se apresentava como um mercado em potencial, tanto que foi somente em 2012 que iniciou suas atividades no Brasil. Desse modo, quando ajuizado o processo, a Zynga sequer disponibilizava os seus jogos no mercado brasileiro, razão pela qual não havia um valor no mercado. Em razão da inexpressividade do avatar copiado, é possível afirmar que não houve qualquer efeito no mercado em potencial.

Nesse contexto, a utilização do avatar em obra com fins de exploração econômica ganha menor relevância, bem como, frente a inexpressão do avatar copiado, a cópia integral também não afeta o resultado da análise. Considerando que os requisitos para aplicação do *fair use* visam a evitar um prejuízo concorrencial, que não foi encontrado com a análise realizada, é possível a aplicação do fair use, afastando, assim, a violação ao Direito de Autor.

Em seguida o parecerista afirmou que há cópia da mulher loira e da janela explicativa que aparecem na parte inferior da tela com a mesa de jogo.

Quadro 40 – Tela de partida de jogo



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. *Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100*. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

Trata-se de *avatar* de mulher com cabelo loiro, olhos amendoados, lábios pintados de vermelho, nariz pequeno, rosto oval fino, pele amarela clara, quase branca, e roupas pretas.

No jogo da *Zynga*, os olhos amendoados são tão pequenos que não se consegue distinguir a íris, nem a esclerótica, equiparando-se a um risco preto no rosto da *avatar*. Dessa forma, os olhos carecem de novidade objetiva e criatividade. Os lábios e o nariz são representados de forma comum, conforme visto anteriormente, portanto desprovido de novidade objetiva. No mesmo sentido são a cor e corte do cabelo.

Entretanto, pesquisa por imagem nos buscadores Google Imagem e *Shutterstock* foram conclusivas quanto a ausência de *avatar* idêntico. É necessário reafirmar que tais *softwares* são falhos, mas são as ferramentas disponíveis para análises desse porte. Desse modo, é possível afirmar que os *avatares* detêm novidade objetiva.

Como o mínimo de criatividade necessário foi reduzido pela doutrina brasileira ao movimento intelectual para criação de algo novo, havendo novidade objetiva e movimento intelectual, haverá o mínimo de criatividade para conferência de proteção. No caso, ambos os requisitos estão presentes, configurando o mínimo de criatividade necessário. Desse modo, deve ser reconhecida proteção autoral a ambos os *avatares*.

No mesmo sentido é a ótica estadunidense, que protege trabalhos mesmo que “grosseiros, humildes ou óbvios”, desde que não sejam uma reprodução mecânica. Portanto, o *avatar* em análise também recebe proteção pelo ordenamento estadunidense.

Ocorre que como a criatividade expressada nos *avatares* em comento é extremamente baixa, a sua proteção também será baixa, de modo que só terá o condão de impossibilitar a cópia literal da obra. Frente a esse contexto, não é possível reconhecer que o *avatar* de titularidade da *Vostu* violou os direitos de autor incidentes sob o *avatar* de titularidade da *Zynga*.

Com relação a janela de explicação trata-se de elemento funcional do jogo cuja forma de expressão é comum, sendo utilizada desde os primeiros jogos eletrônicos criados. Desse modo, carece de novidade objetiva.

No que se refere ao texto explicativo, no jogo da *Zynga* consta “First the cards are dealt. The minimum bet is \$10.”, cuja tradução literal é “Primeiro as cartas são distribuídas. A aposta mínima é de \$10.” No mesmo sentido do texto abordado em subcapítulo anterior, não há uma forma mais simples e banal de dizer que primeiro as cartas serão distribuídas senão que “Primeiro as cartas serão distribuídas”. Dessa forma, o texto é totalmente desprovido de novidade objetiva e criatividade.

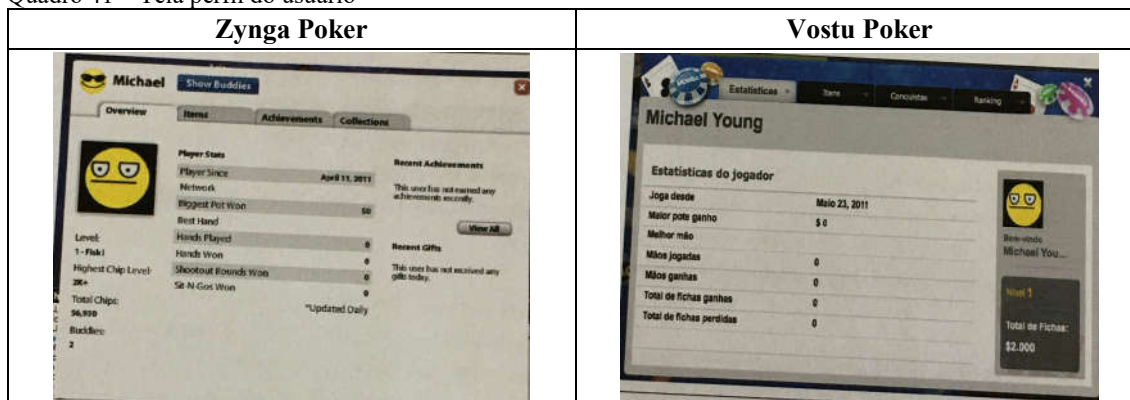
O mesmo ocorre no jogo da *Vostu*, em que é escrito “cinco cartas comunitárias são colocadas no centro da mesa. As cartas comunitárias são compartilhadas, as *hole cards* não.”,

pois não há forma mais banal de dizer que cinco cartas serão colocadas no centro da mesa senão da forma que foi escrito.

Dessa forma, o que sustentou o parecer no sentido de haver violação de direitos autorais na realidade não é protegido por direito de autor, de modo que não pode ser reconhecida a violação de algo que não é protegido.

Por fim, o parecerista apresenta a tela de perfil do usuário, indicando que até o nome e o desenho ilustrativo foi copiado.

Quadro 41 – Tela perfil do usuário



Fonte: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 10ª Vara Cível. Ação ordinária n. 0174324-77.2011.8.26.0100. Juíza: Andrea de Abreu e Braga. Homologado em: 07 dez. 2011.

No *Zynga Poker*, a tela representa uma ficha de catálogo com abas onde se lê “Overview”, “Itens”, “Achievements” e “Collections”, sendo que no topo da ficha consta um *emoticon* usando óculos de sol, ao lado o nome “Michael” e o botão “Show Buddies”. Na aba “Overview”, no canto esquerdo, aparece o *emoticon* analisado acima, logo abaixo constam os campos “level”, “Highest Chip Level” e “Buddies”. Ao lado dessas informações, no centro da tela, constam os campos “Player since”, “Network”, “Biggest Pot Won”, “Best Hand”, “Hands Played”, “Hands Won”, “Shootout Rounds Won” e “Sit-N-Gos Won”. Ao lado, no canto direito da tela, consta o campo “Recent Achievements” com o botão “View all” e, logo abaixo “Recent Gifts”.

No *Vostu Poker*, a tela representa uma ficha de catálogo com abas onde se lê “Estatísticas”, “Itens”, “Conquistas” e “Ranking”, sendo que no topo da ficha aparece o nome “Michael Young”. Na aba “Estatísticas”, iniciando no canto esquerdo da tela e estendendo-se até o meio, constam os campos “Joga desde”, “Maior pote ganho”, “Melhor mão”, “Mãos jogadas”, “Mãos ganhas”, “Total de fichas ganhas” e “Total de fichas perdidas”. No canto



direito da tela consta o *emoticon* analisado acima, a frase “Bem-vindo Michael Young”, logo abaixo “Nível 1” e “Total de Fichas”.

Ao aplicar a primeira fase do *AFC Test*, em que se tenta separar a ideia de sua expressão, já adentrando na análise da proteção dos elementos presentes na tela, é identificada a impossibilidade dessa separação, pois a ideia de uma ficha com campos de informação sobre determinada pessoa só pode ser executada em um número muito restrito de formas. Acresce-se a isso que ambos os jogos apresentaram fichas simplórias com nenhuma tentativa de acrescentar elementos criativos, à exceção do *emoticon*.

Ainda, campos como “Player Since/Joga desde”, “Best Hand/Melhor mão”, “Hands Played/Mãos jogadas”, “Hands Won/ Mãos ganhas”, além de ser de uso comum para jogos de poker, não contém novidade objetiva em um cenário macro, assim como não possui sequer resquícios de criatividade.

Portanto, no presente quadro comparativo o único elemento passível de proteção é o *emoticon*, que já foi analisado acima, onde se entendeu pela possibilidade de proteção autoral e aplicação da limitação prevista no artigo 46, inc.VIII, da Lei 9.610/98, que adota parcialmente a regra dos três passos, frente às circunstâncias do caso concreto.

Assim, é possível concluir que dentre os elementos analisados, os *avatares* e o *emoticon* são protegidos por Direito de Autor. Contudo, no caso ao conflitar os *avatares* que constam no ícone de apresentação do jogo, foi verificado que não são semelhantes. O outro *avatar* (janela explicativa) recebeu proteção somente de sua literalidade. Como não houve cópia literal, não houve violação. Por fim, foi reconhecida proteção ao *emoticon*, mas a violação foi afastada em razão da aplicação do inciso VIII, artigo 46 da Lei 9.610/98 e, sob a ótica estadunidense, da do *fair use*. Os demais elementos não são protegidos em razão, predominantemente, da ausência de novidade objetiva

### 3.2 CONCLUSÕES PARCIAIS

O parecer de Manoel Joaquim Pereira dos Santos engloba o conteúdo dos pareceres de Eduardo Lycurgo Leite e Nelida Jazbik Jessen, motivo pelo qual foi utilizado como norte para análise das alegadas violações de direitos autorais. O parecer de Denis Borges Barbosa abordou somente a questão concorrencial, razão pela qual não foi abordado no estudo de caso.

Após a análise de todas as supostas violações, utilizando-se do conhecimento expressado nos dois primeiros capítulos desse trabalho, foi possível perceber que quanto mais próximo da realidade objetiva ser o jogo, menor será a proteção autoral recebida, em razão da

aplicação do inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98, no Brasil, e da *merger doctrine*, nos Estados Unidos.

Constatou-se que os jogos analisados, em sua maioria, aproveitavam elementos em domínio público, facilmente acessíveis em bancos de vetores online, inclusive de forma gratuita. Como visto, a mera junção de elementos em domínio público não torna o bem protegível por direito de autor; é necessário o acréscimo de elemento novo (novidade objetiva), e que se exprima um mínimo de criatividade; ou, na ausência de acréscimo, que a composição dos elementos em domínio público exprima uma novidade objetiva e o mínimo de criatividade premiável.

Tendo em vista a definição de criatividade adotada pela doutrina brasileira, que a reduziu à movimentação do intelecto humano para criação (sentido não técnico) de algo novo, foi possível reconhecer proteção autoral a todos os *avatares* criados pela *Zynga* e pela *Vostu*. Contudo, não foi reconhecida violação desses direitos em razão da aplicação do inciso VIII, artigo 46 da Lei 9.610/98. No mesmo sentido foi a análise o *emoticon* criado no jogo *Zynga Poker* e reproduzido no jogo *Vostu Poker*.

Conclui-se, portanto, que não houve violação de direitos de autor em nenhum dos 04 (quatro) jogos analisados, ressaltando-se que não foi feita análise concorrencial, por não ser o objeto de estudo deste trabalho.

## CONCLUSÃO

Com a análise do histórico legislativo brasileiro, foi possível identificar os requisitos de direito autoral, sendo eles a originalidade e a expressão da ideia. Ao se estudar os principais doutrinadores sobre a temática, foi possível constatar que a definição de originalidade abrange as definições de criação, criatividade, novidade e individualidade, variando a relevância desses conceitos conforme o entendimento do autor.

A melhor definição é a de Ascensão, que destina um significado técnico para a palavra criação em Direitos de Autor, significando um novo elemento que não constava no quadro de referências objetivas da comunidade, sempre dotado de um mínimo de criatividade, que, por sua vez, sempre será dotada de individualidade. Definiu individualidade como “a marca da personalidade do autor”, mas reconheceu a impossibilidade de condicionar a proteção do direito de autor a identificação dessa marca.

Ao tratar da expressão da ideia, foi possível estabelecer algumas premissas, quais sejam: que (i) o Direito de Autor não protege o conteúdo de obras técnicas e científicas, somente a forma expressada, como relatório; (ii) elementos necessários para concretização de ideias não são protegíveis; (iii) impossibilidade de proteção do formato de um programa; e (iv) possibilidade de proteção de personagens.

No último subcapítulo do primeiro capítulo foram estudadas as limitações previstas no artigo 46 da Lei 9.610/98, importantes para a temática proposta, e as previstas na Lei 9.609/98, em razão da conexão existente. Foi identificado que a limitação com maior relevância para esse trabalho é a constante no inciso VIII, artigo 46 da Lei 9.610/98 e a no inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98.

A limitação prevista no inciso VIII, artigo 46 da Lei 9.610/98 prevê a não violação de direitos autorais pela reprodução de pequenos trechos de obra de qualquer natureza desde que a reprodução em si não seja o objetivo da obra nova, que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida e não cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. A limitação constante no inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98 prevê a não constituição de ofensa a direitos do titular do programa de computador, no caso da semelhança detectada advir de características funcionais ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão.

O capítulo 2 foi sistematizado da mesma forma que o capítulo 1, mas voltado ao sistema estadunidense. Foi identificado que os requisitos da originalidade e da expressão foram construções jurisprudenciais, positivadas posteriormente. A definição de originalidade foi marcada por três grandes momentos, o primeiro em que foi entendida como a mera não cópia,

em que os direitos autorais funcionavam como uma recompensa ao trabalho; um segundo momento em que se tornou a não cópia dotada de valor econômico, apesar de a decisão que alterou a definição referir a personalidade do autor; e, por fim, passou a ser entendida como a não cópia dotada de um mínimo de criatividade, refutando o direito de autor como recompensa ao trabalho e adotando a *creative selection doctrine*.

No subcapítulo 2.3. foi tratada a dicotomia ideia/expressão, estágio do trabalho em que foram apresentados três testes para realização dessa separação. O *AFC Test* foi compreendido como a melhor opção, afastando-se a análise pela “impressão do telespectador” em razão da impossibilidade de atribuir ao mercado a definição do que é protegível por Direito de Autor.

Foi constatado que uma das cortes distritais estadunidenses já proferiu decisão no sentido de que o fato de um elemento estar atrelado às regras e aspectos funcionais do jogo não o exclui automaticamente de proteção, devendo ser analisada a existência ou não de originalidade. Ainda, foi explicado que a fixação é um requisito nos Estados Unidos, o que não ocorre no Brasil.

Ao final do capítulo 2, no subcapítulo 2.4. foi analisado o *fair use* e constatada a sua relação direta com o não proveito comercial e a promoção do progresso da aprendizagem. Explicou-se a *scènes à faire doctrine*, segundo a qual determinadas cenas devem ser realizadas, de modo que incidentes, personagens ou cenários que são de uma forma prática indispensáveis ou menos padrão na abordagem de determinado tópico não podem ser protegidos.

Por fim, a *merger doctrine* foi apresentada. Segundo essa doutrina, quando só há uma forma de expressão ou um número limitado de formas, essa expressão não pode ser protegida, sob pena de se conferir proteção a uma ideia.

No último capítulo, o qual foi destinado a análise do caso *Zynga v. Vostu* com base no conhecimento explicitado nos dois primeiros capítulos, foi verificado que quanto mais próximo da realidade é o jogo, menor é a proteção autoral, pois só há um número limitado de formas de expressar a realidade de forma fidedigna, de modo que se aplica o inciso III, artigo 6º da Lei 9.609/98 e seu correspondente estadunidense – *merger doctrine*.

O estudo em questão permitiu concluir que a mera junção de elementos em domínio público não torna o bem protegível por direito de autor, sendo necessário o acréscimo de elemento novo (novidade objetiva) e que se exprima um mínimo de criatividade. Na ausência de um elemento novo, que a composição dos elementos em domínio público seja nova e detenha um mínimo de criatividade.

A *scenes à faire doctrine* e a limitação prevista no inciso VIII, do artigo 46 da Lei 9.610/98, em razão da utilização de pequenos trechos da obra de titularidade da *Zynga* pela *Vostu*, também foram aplicadas nos casos analisados.

Assim, a hipótese suscitada foi confirmada, na medida em que o preenchimento dos requisitos de direito autoral auxilia a detecção dos elementos audiovisuais protegíveis. E, o objetivo geral de identificar os elementos protegíveis no estudo de caso foi alcançado.

Frente ao trabalho desenvolvido, é possível concluir que a análise de qualquer elemento audiovisual deve passar obrigatoriamente pela verificação dos requisitos de direito autoral, levando-se sempre em consideração a proteção do autor como centro da análise e o caráter excepcional do Direito de Autor, no intuito de se evitar que a exceção vire a regra. Sugere-se a aplicação do AFC Test para separação entre ideia e expressão e identificação dos elementos protegíveis, visto que uma análise técnica da obra pode indicar inexistência de violação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMS, Howard B. Originality and creativity in copyright law. *Law and Contemporary Problems*, v. 55, n. 2, p. 3-44, 1992. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol55/iss2/2/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ABRÃO, Eliane Y. Titularidade e liberdade no uso de ideias e formatos na propriedade intelectual. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Org.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, cap. 5, p. 81-89.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

ANDRADE, E.; TIGRE, P. B.; SILVA, L. F.; SILVA, D. F.; MOURA, J. A. C. de; OLIVEIRA, R. V. de; SOUZA, A. propriedade intelectual em software: o que podemos aprender da experiência internacional? *Revista Brasileira de Inovação*, v. 6, p. 31-53, jan. /jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rbi/article/view/8648940>. Acesso em: 24 abr. 2019.

ARENDDT, Hannah. Restritividade da lei brasileira. In: BRANCO JR., Sérgio Vieira (Org.) *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, cap. 2.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Sila; WACHOWICZ, Marcos (Org.). *Direito da Propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra, 1992.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

AVANCINI, Helenara Braga. *O direito autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais: a limitação do excesso de titularidade por meio do direito da concorrência e do consumidor*. Porto Alegre, 2009. 319 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/2384>. Acesso em: 25 jun. 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência validade e eficácia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARBOSA, Denis Borges. *A noção de originalidade e os títulos de obra, em particular, de software*. 2005. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/originalidade.pdf>. Acesso em 01 maio 2019.

BARBOSA, Denis Borges. *Do requisito de originalidade nos desenhos industriais: a perspectiva brasileira*. 2009. Disponível em:

<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/originalidade.pdf>. Acesso em 01 maio 2019.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, t. III.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, t. I.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Originalidade em crise. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan. /mar. 2018.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de direito da propriedade intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007.

BARTHOLOMEW, Taylor B. The death of fair use in cyberspace: YouTube and the problem with content ID. *Duke Law & Technology Review*, n. 13, p. 66-88, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dltr/vol13/iss1/3/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BASSO, Maristela. As exceções e limitações aos direitos do autor e a observância da regra do teste dos três passos (three-step-test). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 493-503, jan. /dez. 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67766-89196-1-pb.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BOBBIO, Pedro Vicente. Direito de autor na criação musical. São Paulo: Lex, 1951, p. 14 *apud* PIMENTA, Eduardo. *Princípios de direitos autorais: um século de proteção autoral no Brasil – 1898/1998*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRACHA, Oren. The ideology of authorship revisited: authors, markets, and liberal values in early American copyright. *Yale Law Journal*, v. 118, p. 186-271, 2008.

BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro: uma obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRAUNEIS, Robert. The transformation of originality in the progressive-era debate over copyright in news. *Public Law and Legal Theory Working Papers*, n. 463; *Legal Studies Research Papers*, n. 463, 2009.

BUCCAFUSCO, Christopher. A theory of copyright authorship. *Virginia Law Review Association*, v. 102, p. 1229-1295, 2016.

BUYDENS, Mireille. *Droits d'auteur et internet : problèmes et solutions pour la creation d'une base de données en ligne contenant des images et/ou du texte*. Bruxelles : Services du Premier Ministre; Affaires Scientifiques, Techniques et Culturelles. Disponível em: [http://www.belspo.be/belspo/organisation/publ/pub\\_ostc/d\\_auteur/rapp\\_fr.pdf](http://www.belspo.be/belspo/organisation/publ/pub_ostc/d_auteur/rapp_fr.pdf). Acesso em: 25 ago. 2019.

CAMELO, Ana Paula; LIGUORI FILHO, Carlos Augusto. Fanfiction e paródia: uma tentativa de viabilização da produção de fãs em meio à ausência de reforma da lei de direitos autorais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 13, n. 1, p. 20-48, 2018.

CARBONI, Guilherme C. *O direito de autor na multimídia*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2003.

CASILLAS, Brian. Attack of the clones: copyright protection for video game developers. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, n. 33, v. 137, 2013. Disponível em: <https://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol33/iss2/2>. Acesso em 20 nov. 2019.

CASTREE, Sam. *A problem old as pong: video game cloning and the proper bounds of video game copyright*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2322574>. Acesso em: 06 ago. 2019.

CHAVES, Antônio. *Criador da obra intelectual*. São Paulo: LTr, 1995.

COHEN, Julie E.; LOREN, Lydia Pallas; OKEDIJI, Ruth; O'ROURKE, Maureen A. *Copyright in a global information economy*. Nova York: Aspen, 2010.

COSTALDELLO, Angela Cassia; CONRADO, Marcelo. Do lado de fora: o espaço do grafite na arte e nos direitos autorais. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PESQUISADORES EM ARTES PLÁSTICAS, 25., 2016, Porto Alegre. *Anais [...]*. Porto Alegre: ANPAP, 2016, p. 664-677. Disponível em: [http://anpap.org.br/anais/2016/comites/chtca/angela\\_costaldello-marcelo\\_conrado.pdf](http://anpap.org.br/anais/2016/comites/chtca/angela_costaldello-marcelo_conrado.pdf). Acesso em: 20 nov. 2019.

CRUZ E SILVA, Rodrigo Otávio. *Os direitos autorais como fator de desenvolvimento da economia criativa*. Santa Catarina: UFSC, 2013.

DEAN, Drew S. Hitting reset: devising a new video game copyright regime. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, p. 1239-1280, 2016. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol164/iss5/4](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol164/iss5/4). Acesso em: 20 nov. 2019.

DUARTE, Marco Aurélio Mayer; FELINTO, Lucca Petri Tomaz. A tela urbana: a proteção jurídica ao grafite no direito brasileiro e comparado. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO E LITERATURA, 5., 2017, Porto Alegre. *Anais [...]*. Porto Alegre: Rede Brasileira de Direito e Literatura, 2017. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anacidil/article/view/285>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ELAND, Stephen H. The abstraction-filtration test: determining nonliteral copyright protection for software. *Villanova Law Review*, v. 39, i. 3, 1994.

ESTEVES, Maurício Brum. *Justificação constitucional do direito de autor: da hermenêutica aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GERVAIS, Daniel J. Feist goes global: a comparative analysis of the notion of originality in copyright law. *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, v. 49, p. 949-981, Summer 2002.



GODOY-DALMAU, Gabriel. Substantial similarity: Kohus got it right. *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, v. 6, i. 2, 2017.

GRABOWSKI JR., Theodore J. Copyright protection for video game programs and audiovisual displays; and – substantial similarity and the scope of audiovisual copyrights for video games. *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review*, v. 3, p. 139-162, 1983.

GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio público e direito de autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora. *Revista Eletrônica do IBPI*, n. 6, 2012. Disponível em: <https://ibpieuropa.org/book/revista-eletronica-do-ibpi-nr-6>. Acesso em: 20 nov. 2019.

HAMMAD, Hayssam Mohammed Saber Abdallah. *Ownership and authorship in copyright law: a proposal to re-categorise works and a digital implementation*. Exeter, 2015. 343 f. Tese (Doutorado em Direito) – University of Exeter, Exeter, 2015. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/86e1/5ec87a07f46dead2a8e0e6d7f330ab5bc13a.pdf>. Acesso em 10 jun. 2019.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

HUNT, Kurt. Copyright and YouTube: pirate's playground of fair use forum? *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, v. 14, i. 1, p. 197-222, 2007. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mttlr/vol14/iss1/6/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

JONES, Richard H. The myth of the idea/expression dichotomy in copyright law. *Pace Law Review*, v. 10, i. 3, p. 551-607, Summer 1990. Disponível em: <https://digitalcommons.pace.edu/plr/vol10/iss3/1/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

KRAMER, Karen J. Extending copyright protection to a computer program's structure: Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc. 797 F.2d 1222 (3d Cir. 1986). *Washington University Law Review*, v. 65, i. 2, p. 471-480, 1987. Disponível em: [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol65/iss2/6/](https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol65/iss2/6/). Acesso em: 20 nov. 2019.

LAMPROS, Nicholas M. Leveling pains: clone gaming and the changing dynamics of an industry. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 28, i. 4, 2013. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol28/iss4/14/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

LASTOWKA, Greg. *Copyright law and video games: a brief history of an interactive medium*. 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2321424>. Acesso em: 24 jul. 2019.

LEE, Peter; SUNDER, Madhavi. The law of look and feel. *Southern California Law Review*, v. 90, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2733780](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2733780). Acesso em: 20 nov. 2019.

LEMLEY, Mark A.; MENELL, Peter S.; MERGES, Robert P. *Intellectual property in the new technological age: copyright, trademarks and state IP protections*. USA: Clause 8 Publishing, 2016, v. 2.

LEWIS JR., Gerard J. Copyright protection for purely factual compilations under Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.: how does Feist protect electronic data bases of facts? *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 8, i. 1, art. 6, 1992.

LIPSZYC, Délia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Argentina: Zavalía, 2001.

LOCKYER, Benjamin C. R. Trying on trade dress: using trade dress to protect the look and feel of video games. *The John Marshall Review of Intellectual Property Law*, v. 17, 2017. Disponível em: <https://repository.jmls.edu/ripl/vol17/iss1/5/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

LOES, João. Favela game: violência nos morros cariocas é uma das atrações de maior sucesso da indústria do entretenimento neste ano. *Istoé*, São Paulo, 26 nov. 2009. Disponível em: [https://istoe.com.br/15737\\_FAVELA+GAME/](https://istoe.com.br/15737_FAVELA+GAME/). Acesso em: 29 set. 2019.

LOREN, Lydia Pallas. Fixation as a notice in copyright law. *Boston University Law Review*, v. 96, p. 939-966, 2016. Disponível em: <http://www.bu.edu/bulawreview/archives/volume-96-number-3-may-2016/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. *A sobreposição de direitos de propriedade intelectual no software: coexistência entre direito de autor e patente na sociedade informacional*. Florianópolis, 2017. 440 f. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. *Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88*. São Paulo: PUCSP, 2007.

NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.

NOVAK, Jeannie. *Desenvolvimento de games*. Tradução de Pedro Cesar de Conti. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. *Direito e arte: o direito da arte brasileiro sistematizado a partir do paradigma alemão*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

PANZOLINI, Carolina. *Manual de direitos autorais*. Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Administração, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTES, Leonardo Machado. *Direito de autor: a teoria da dicotomia entre a ideia e a expressão*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PORTO, Patrícia. *Cumulação de direitos de propriedade intelectual*. Disponível em: <http://docplayer.com.br/9773277-Cumulacao-de-direitos-de-propriedade-intelectual.html>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RAMOS, Carolina Tinoco. Contributo mínimo em direito de autor: o mínimo grau criativo necessário para que uma obra seja protegida; contornos e tratamento jurídico no direito internacional e brasileiro. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; RAMOS, Carolina Tinoco. *O contributo mínimo na propriedade intelectual: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 431-445.

RAMOS, Caroline Tinoco; ANDRADE, André. *Proteção autoral de personagens na era da informação*. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/personagens.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

RIBAUDO, Nicholas. YouTube, video games, and fair use: Nintendo's copyright infringement battle with YouTube's "Let's Plays" and its potential chilling effects. *Berkeley Journal of Entertainment and Sports Law*, v. 6, i. 1, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/bjesl/vol6/iss1/7/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

RUDD, Benjamin W. *Notable dates in American copyright: 1783-1969*. Disponível em: <https://www.copyright.gov/history/dates.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SAMUELSON, Pamela. A fresh look at tests for nonliteral copyright infringement. *Northwestern University Law Review*, v. 107, n. 4, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2218838>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SAMUELSON, Pamela. Why copyright excludes systems and processes from the scope of its protection. *Texas Law Review*, v. 85, n. 1, 2007. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1002666](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1002666). Acesso em: 20 nov. 2019 *apud* COHEN, Julie E.; LOREN, Lydia Pallas; OKEDIJI, Ruth; O'ROURKE, Maureen A. *Copyright in a global information economy*. Nova York: Aspen, 2010. p. 43.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Cópia privada: direito de autor e interesse público. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Org.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHIRRU, Luca. *Direito autoral e games: a engenharia reversa de programas de computador e o seu potencial como fonte de inovação*. Curitiba: Juruá, 2019.

SCHWARTZ, Krista S.; BAIM, Stacy A.; MAYERGOYZ, Sasha. Software and scènes à faire: a modest proposal for application of the doctrine in computer software case. *Copyright World*, i. 190, may 2009. Disponível em: <https://www.jonesday.com/files/Publication/913ab9f5-4eaf-4ba7-a305-116b11e903b3/Presentation/PublicationAttachment/6809cb5e-fe96-4218-8486-202e7a45a25a/011-013-CW-May09-Feat.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SHIPLEY, David E. Thin but not anorexic: copyright protection for compilations and other fact works. *Journal of Intellectual Property Law*, v. 15, n. 1, 2007. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1076789](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1076789). Acesso em: 20 nov. 2019.

SOARES, Sávio de Aguiar. Tópicos em direitos morais de autor. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 184, out./dez. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194951>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SOUZA, Marcos Rogério de. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra: "regra dos três passos" e as limitações aos direitos autorais. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v. 3, p. 211-227, 2013.

STANDLER, Ronald B. *Copyright protection for nonfiction of compilations of facts in the USA*. Disponível em: <http://www.rbs2.com/cfact.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2019.

SUMMARY JUDGMENT. In: MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TAMURA, Don M. Copyright infringement: an argument for the elimination of the scenes a faire doctrine. *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, v. 5, i. 01, 1982. Disponível em: [https://repository.uchastings.edu/hastings\\_comm\\_ent\\_law\\_journal/vol5/iss1/8/](https://repository.uchastings.edu/hastings_comm_ent_law_journal/vol5/iss1/8/). Acesso em: 20 nov. 2019.

TAYLOR JR., Ivan O. Video game, fair use and the internet: the plight of the let's play. *Illinois Journal of Law, Technology & Policy*, n. 1, 2015. Disponível em: <http://illinoisjltp.com/journal/wp-content/uploads/2015/07/Taylor.pdf>. Acesso em: 06 ago. 2019.

TEIXEIRA, Diogo Dias. A legalidade da reprodução integral de obra protegida por direito de autor para uso privado. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Org.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VILLALBA, Carlos A.; LIPSZYC, Délia. *El derecho de autor en la Argentina: Ley 11.723 y normas complementares y regulamentarias, concordadas com los tratados internacionales, comentadas y anotadas com la jurisprudência*. Argentina: La Ley, 2001.

WACHOWICZ, Marcos. Direitos autorais e o domínio público da informação. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software & revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2009.

WACHOWICZ, Marcos; BIANCAMANO, Manuela Gomes Magalhães. Direito autoral, criatividade e plágio na economia criativa. *PIDCC – Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição*, Aracaju, a. III, n. 6, p. 196-21, jun. 2014.