

NOTAS DE CRÉDITO E DIREITO DE AUTOR

Pedro Marcos Nunes Barbosa

Professor de Propriedade Intelectual do Departamento de Direito da PUC-Rio.
Doutor em Direito Comercial (USP). Mestre em Direito Civil (UERJ). Especialista
em Propriedade Intelectual (PUC-Rio). OAB/RJ 144.889.

Sumário: **1** Questões meritórias – **2** Teor incontroverso que condiciona o julgamento da lide – **3** Do conteúdo “obscuro” que gravitaciona sobre as narrativas das partes – **4** Da polpa genuinamente controvertida da lide – **5** Notas de conclusão

A corretora de valores “XXX” (doravante XXX), representada pelo seu patrono, dirigiu-me consulta acerca da *fattispecie* litigiosa pertinente à demanda na qual contende com companhia de *ratings* YYY (doravante grupo econômico ou parte YYY), acerca da suposta violação à direito autoral, em processo autuado sob o número “Z” que tramita perante a 6ª Vara Empresarial da Comarca da Capital – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Neste sentido, segue abaixo o meu *parecer* fincado em uma análise do direito substantivo e adjetivo pertinente.

1 Questões meritórias

Petição inicial

1.1 No dia 23.1.2020, a macroempresa¹ XXX propôs demanda declaratória visando à obtenção de provimento judicial acerca da inexistência de vilipêndio aos direitos autorais pela divulgação em seu sítio cibernético do resultado de índices de avaliação de risco publicizados por YYY (fl. 04). Como legitimadora de seu interesse de agir, a XXX consigna ter recebido notificações extrajudiciais da YYY (cuja subsidiária nacional também pode ser enquadrada como macroempresa),²

¹ Fls. 64, 73 e 85 denotam o capital social da XXX em R\$4.750.330,00 (quatro milhões, setecentos e cinquenta mil, trezentos e trinta reais). Conforme a YYY denomina – com razão – a XXX à página de número 7 de seu agravo de instrumento, trata-se de “a multimilionária XXX”.

² Fls. 506 denota o capital social da YYY nacional em R\$3.396.183,00 (três milhões, trezentos e noventa e seis mil, cento e oitenta e três reais).

exatamente no sentido de que a conduta da demandante violaria direitos de propriedade intelectual da parte demandada e que, portanto, seria *devedora* do adimplemento de realezas.

1.2 A XXX pleiteou a concessão da tutela de urgência de modo que fosse judicialmente autorizada a continuar divulgando os índices pertinentes aos resultados mercantis publicizados por YYY, até o trânsito em julgado da lide, além de, ao final da instrução probatória, condenar a última a compensá-la pelos danos sofridos (fl. 05).

1.3 No tocante à atuação da YYY, a XXX descreve que a primeira atua como uma agência de classificação de risco, visando diminuir as assimetrias informacionais dos investidores com relação à alea de determinada decisão empresarial-mercantil (fl. 10). Ou seja, após compilar e analisar fatos, a YYY atribui um grau (graus que variam de “AAA” a “D”) pertinente ao risco envolvido na aquisição de ativos e do eventual inadimplemento aos credores. Não obstante alguma discricionariedade subjetiva da agência de avaliação, as principais delas (inclusive as concorrentes da parte ré: Moody’s e Fitch) laboram com um padrão muito símile de escala (fl. 11, 136 e 137). Por tal razão, descreve que a mídia nacional (fl. 135) e internacional costuma repercutir os *graus* atribuídos por sociedades empresárias como a YYY, inclusive quando analisam a estrutura econômica de países (fl. 12). Isto ocorre pelo fato de que as análises são publicadas periódica e gratuitamente pelas agências de riscos em seus próprios sítios virtuais (fl. 13 e 147).

1.4 O múnus específico de companhias como a YYY seria remunerado pelo mercado privado que teria a opção de contratar uma análise (i) para que ela fosse publicada irrestritamente; (ii) para que um número delimitado de agentes econômicos pudesse ter acesso; ou até mesmo (iii) com resultados confidenciais destinados, apenas, ao contratante. Na maioria das vezes, entretanto, o foco das avaliações seria mesmo subsidiar todo o mercado com o grau de risco versado na aquisição ou manutenção de determinado ativo (fl. 13). Por tal razão, tais dados são divulgados no *site* da YYY (como a última ratifica à fl. 166) sem necessidade de solicitação, cadastro ou adimplemento de preço (fl. 14).

1.5 Contudo, insatisfeita em receber pelas sociedades empresárias que solicitaram o estudo, a YYY visa à criação de um mercado secundário para o repasse das informações que ela mesma divulgou, com base em direitos de propriedade intelectual (fl. 15). Porém, o sistema dos direitos de autor seria incompatível com o que YYY deseja realizar.

1.6 A XXX descreve que divulga em seu sítio as notas de análise publicizadas pelas principais agências de classificação de risco, entre as quais a YYY, indicando a originadora da nota e atualizando os dados diariamente (fl. 16). Em outras palavras, a XXX não se apropria ou se apresenta como originadora das notas.

Contudo, descreveu que recebeu notificação enviada pela YYY (fl. 90) exigindo a exclusão de toda e qualquer referência às notas advindas de si, ou que pagasse uma licença para divulgar as notas já publicizadas (fl. 18). Em resposta à manifestação da YYY, a XXX teria consignado (fl. 154) que (i) apenas divulgaria as notas de análise aos clientes com fins informativos, (ii) notas seriam informações de fato que não recebem tutela via direito de autor, (iii) todos investidores interessados têm o direito de acessar as notas antes publicadas pelas agências de risco e (iv) é dever da XXX comunicar aos clientes toda e qualquer informação relevante acerca de riscos de investimento (fl. 19).

1.7 Em seguida, a XXX descreveu que recebeu uma segunda notificação da YYY em que a última insistia que as notas de análise seriam objeto de proteção via direito de autor (fl. 166), e que desejaria receber pelo menos US\$180 mil dólares (anuais e em escala de crescimento) atinente à revelação no *site* da XXX dos dados antes publicizados (fl. 19 e 183). Destacou não ter cedido às pressões extrajudiciais da YYY, e que entende que notas de crédito públicas não gozam da natureza jurídica de direito de autor. Em verdade, os direitos autorais serviriam a incentivar o desenvolvimento de novas obras de natureza artística (fl. 21), já que resultariam de um ato humano criativo. Para tanto, seria necessário que a criação pertencesse ao ambiente das artes ou ciências, ser original, ser exteriorizada, não compreender ideias em si, bem como não extrapolar o período de tutela legal (fl. 22).

1.8 Desta sorte, como informações puramente factuais não seriam objeto de proteção autoral, mesmo que a YYY tivesse dispendido tempo e esforço para a sua compilação, tal não alteraria a impossibilidade de se interditar o uso informacional divulgado amplamente (fl. 23). Nesta esteira, os índices financeiros refletem a coleta de informações sobre os ativos, não contendo teor artístico, e embora os relatórios e textos das análises possam ter alguma originalidade, o resultado em si não passa de um dado factual (fl. 27). Os resultados, e não o mérito das análises, são divulgados gratuitamente a todos no mercado financeiro, tal como a FGV (fl. 238), que informa publicamente seu cálculo sobre o IGP-M, ou o mercado bursátil (fl. 248 e 265) que informa seus índices, se tentassem cobrar *royalties* daqueles que fazem uso de tais dados não seriam vitoriosos (fl. 28).

1.9 Ainda que a mera nota fosse protegida por direito de autor, a XXX destaca que é muito comum que as principais agências de análise de risco cheguem à mesma nota, o que não importa em violação de direito da YYY. Em verdade, o que a YYY visaria seria atravancar o fluxo informacional de dados já revelados publicamente por si (fl. 29), além de tentar cobrar valores pela circulação informacional que não gera lucro à XXX.

1.10 Em seguida, a petição inicial da XXX destaca que as notas (resultados como “AAA” ou “D”) reveladas ao público pela própria YYY não podem ser tuteladas como *segredo industrial*, pois o próprio emissor tomou conta de divulgá-las

amplamente (fl. 34). Ou seja, mesmo sob o ponto do direito internacional público, teores divulgados ao público pelo originador não se enquadram como escopo de tutela de segredo de negócio (art. 39 do Tratado-Contrato TRIPS). *Mutatis mutandi*, destaca que a pretensão da YYY equivaleria à conduta de sociedades como Booking (fl. 205 e 211), TripAdvisor (fl. 207 e 209) e Michelin (fl. 225 e 231) de quererem proibir o uso informacional das notas atribuídas aos estabelecimentos de hotelaria e restaurantes. Ou seja, quando a YYY faz uso da publicização de suas notas para ser referenciada pelo público e maximizar a cognição de seus serviços (uma escolha estratégica munida de bônus), arca com as consequências da falta de *controle* sobre o fluxo informacional dos graus (ônus – fl. 40).

1.11 Por tais razões, a práxis da XXX em dar divulgação dos resultados públicos divulgados pela YYY é conforme as práticas mercantis de outras corretoras, como Órama (fl. 261), Engie (fl. 263), CCR (fl. 265), Ativa ou Guide (fl. 46). Aliás, em verdade, o que a XXX realiza é o cumprimento da legalidade constitucional (art. 220 da CRFB e art. 6º do CDC) com relação ao dever de informar de modo claro, adequado e completo os riscos porventura sofridos aos seus clientes. Tal entendimento de não sancionar quem está a cumprir regras de divulgação informacional pública é conforme o recente julgado do STJ que impediu a ABNT de restringir acesso a dados fáticos de normatização (4ª Turma, AgInt no REsp nº 1.621.370/SP, DJ, 29 jun. 2018). Ademais, há resoluções das agências reguladoras pertinentes, como: BCB (resoluções nºs 4.539/16 e 4.283/13 – fl. 268 e 273) e CVM (IN nº 592/97 – fl. 276) que determinam que os intermediários do mercado bursátil supram e prestem todas as informações pertinentes aos riscos envolvidos em uma transação financeira desta sorte. Logo, além de querer sancionar a XXX por agir em conformidade com a regulação e a legislação de regência, a pretensão da YYY seria controlar o fluxo informacional de dados factuais e promover a assimetria informacional ilegítima (fl. 50).

1.12 A XXX realiza pleito compensatório pelos danos sofridos em virtude da intensa atividade de notificação da YYY (fl. 51), de modo a no mínimo ressarcir em R\$100.000,00 (cem mil reais) os danos sofridos pela contratação de escritório especializado de advocacia (fl. 51). A demandante pleiteou a concessão da tutela de urgência (fl. 52), de modo a ser autorizada a continuar divulgando as notas públicas até a decisão de mérito no feito (fl. 55).

O Juízo da 6ª Vara Empresarial do TJERJ concede a tutela de urgência

1.13 No dia 28.1.2020, o Juízo de Direito deferiu (fl. 468-469) o pedido de tutela de urgência requerido pela XXX, eis que: (i) “as próprias Rés tornam público

os índices da avaliação de risco que emanam de suas análises”, e que aliás, “o cerne da questão reside na natureza dos ratings públicos disponibilizados pelas Rés”; (ii) “sendo estes [os índices] utilizados pela Autora em seu site para informação de seus clientes, com indicação da fonte”; (iii) “que avaliação de risco é feita pelas Rés atendendo a grupo específico de empresas (suas clientes), as quais certamente as contratam com o propósito de terem (ou não) apresentados seus desempenhos econômico-financeiros ao potencial público investidor”; (iv) “Os clientes da Autora, a seu turno, são os investidores em potencial”; (v) “os índices de avaliação são publicados em páginas eletrônicas (públicas), de acesso a qualquer interessado, identifico aqui a probabilidade do direito alegado e apto a sustentar a tutela provisória requerida”; e (vi) “identifico que há perigo de dano em restringir informação importante e relevante como os índices de avaliação aos clientes da Autora enquanto pende de exame a questão central”.

YYY apresenta contestação e reconvenção

1.14 No dia 23.6.2020, a YYY apresentou sua contestação e reconvenção (fl. 703 e seguintes), ratificando boa parte dos argumentos já antecipados em seu recurso de agravo de instrumento.³ Ou seja, a YYY ratificou seu entendimento de que: (a) as notas de crédito não seriam meras informações factuais (fl. 714), mas um “bem informacional novo, resultante de inteligência analítica” (fl. 716) e de “altos investimentos e árduo trabalho intelectual” (fl. 719) – que não podem ser feitos por um programa de computador (fl. 727) – que toma como insumo dados públicos e privados (fl. 718 e 721), formando um “trabalho opinativo” (fl. 721); (b) a XXX teria omitido o histórico comercial e as tratativas de licenciamento entre partes (fl. 715); (c) o produto de sua criação é protegido pela Lei nº 9.610/98, em seu art. 7º, XIII, e que tal “insumo” é utilizado pela XXX para atrair mais clientes e lucrar com a taxa de corretagem; e (d) suas notas de crédito seriam originais e criativas (fl. 719); (e) acaso se tratasse de mero labor de compilação, a XXX poderia realizar diretamente o labor e oferecer a seus clientes, mas prefere se beneficiar do renome e prestígio da YYY; (f) os exemplos trazidos pela XXX sobre o uso das notas de crédito foram extraídos de um contexto informativo e não comercial; (g) a divulgação das notas de crédito no sítio da YYY não transforma tal conteúdo em domínio público (fl. 725 e 730), mas cuida, em verdade, de mera estratégia publicitária de sua criação autoral (fl. 734); (h) quando a XXX ingressou

³ Desta forma, visando à realização de um sumário despido de repetições, apenas se dará enfoque a novos argumentos e pedidos da YYY neste capítulo do parecer.

no *site* da *YYY* para acessar as notas de crédito, aderiu aos termos de adesão que delinham as formas lícitas de uso de tal informação (fl. 735 e 736), pelos quais qualquer uso comercial de tal informação precisa ser previamente autorizado pela última. Logo, a *XXX* estaria fazendo um uso ilegítimo dos “direitos de propriedade da *YYY* sobre todas as informações, dados, classificações e simbologias contidos em seu *site*” (fl. 737); (i) a *XXX* não cuida de uma editora e seu *site* não é portal de notícias para contar com a “excludente prevista no art. 46, I” da LDA (fl. 739); (j) a *XXX* exerce conduta que gera o seu próprio enriquecimento sem causa, concomitante ao fato de que desestimularia os investidores a terem acesso mais amplo aos dados no *site* da *YYY*.

1.15 Destaca que a pretensão da *XXX* é no sentido de (i) “praticar o aproveitamento parasitário e concorrência desleal” (fl. 705); (ii) evitar prover as informações a seus clientes de maneira clara e integral, o que resultou em condenações e notícias sobre a imprecisão (inclusive de datas, fl. 753 e 782) dos dados financeiros fornecidos (fl. 706); (iii) ignorar a ilegitimidade passiva da *YYY* Brasil, pois apesar de ser subsidiária não tem confusão patrimonial, administrativa, financeira ou comercial com o titular dos direitos autorais (fl. 707) – que é outra sociedade do grupo econômico –, bem como as negociações que precederam à demanda foram realizadas com a *YYY* MI (fl. 709). Em verdade, defende que a inclusão da *YYY* Brasil no polo passivo foi para evitar a propositura da demanda nos EUA (fl. 710); (iv) ignorar que mesmo que a *YYY* Brasil fosse legitimada passiva, que o Rio de Janeiro seria foro incompetente para dirimir a lide, já que o pedido indenizatório invocado (pela mera remessa de missivas) é nada mais do que algo irrisório. Assim, o que a *XXX* buscaria seria “litigar ‘em casa’” (fl. 711), através de um “abuso de direito” (fl. 712), já que a demanda é realmente declaratória (uma vez que enviar notificações é mero exercício regular de direito) e não genuinamente condenatória/indenizatória (fl. 760). Portanto, seria necessário que o feito fosse remetido ao TJSP, sede da pessoa jurídica requerida (fl. 713).

1.16 Defende o direito de ser indenizada pelo uso desleal e ilícito de suas notas de crédito pela *XXX*, que são o produto de “uma das mais respeitadas agências de classificação de crédito e inteligência de mercado do mundo” (fl. 716). Ventila que a *XXX*, representada por seu patrono, na audiência realizada no dia 2.6.2020, admitiu que vincula manualmente as notas de crédito em seu sítio virtual, mas que não disponibiliza os relatórios da *YYY*. Ou seja, a *XXX* teria recortado o produto da *YYY* (cuja integralidade é indivisível) como forma de “driblar a proteção intelectual” (fl. 724 e 725). Não obstante, a *YYY* ventila que seria contraditório o argumento da *XXX* de que a primeira estaria tentando lucrar com um mercado secundário de informações sobre notas de crédito, quando seria a última que estaria fazendo lucro pelo uso (impróprio e não autorizado) com fins comerciais de tais notas (fl. 726 e 727). Ventila que a *XXX* acabou confessando

a “falta de acuracidade” da disposição realizada (em que pese em seu sítio não se responsabilizar pela informação exposta – fl. 758) sobre as notas técnicas da YYY, já que alterou seu sítio para corrigir o dado de que a análise entre a esfera global e nacional são distintas. Ou seja, ventilou que o uso equivocado da XXX dos dados da YYY pode gerar danos aos investidores, além de submeter a última aos riscos de sanção regulatória da CVM e da incidência do CDC (fl. 746).

1.17 Vistos os principais fatos ventilados e tendo-se o cuidado de pinçar os principais argumentos, fundamentos decisórios, atos processuais, parecer e documentos da lide é possível ventilar três vetores que conduzirão a narrativa desta peça opinativa: (a) o teor incontroverso, porém relevante ao ato de dirimir a lide, (b) o conteúdo obscuro pelo excesso de informações desencontradas das partes, ainda que não necessariamente contraditórias e (c) o teor controverso entre a ótica da XXX e da YYY. Sem prejuízo de alguma contemplação do item (a), o parecer será substancialmente focado na análise dos itens (b) e (c).

1.18 *Verbi gratia*, é pertinente destacar ser incontroverso que (a.1) as notas de crédito originadas pela YYY tomam como base teor informacional parcialmente público, e que são elaboradas de maneira padronizada; (a.2) a YYY publicizou em seu sítio virtual sem restrição ao público todas as notas de crédito ulteriormente (re) divulgadas pela XXX; (a.3) a XXX atribui a origem da informação *sub judice* à YYY.

1.19 Ato contínuo, entendo como obscuras – por responsabilidade de ambas as litigantes – as questões (logo, merecedoras de comentários pontuais e específicos) versando sobre (b.1) eventual concorrência da YYY e XXX; (b.2) o pagamento por terceiros pelo uso das notas de crédito da YYY e (b.3) a impossibilidade de que notas de crédito possam ser feitas autonomamente por máquinas.

1.20 Por fim, e no que é mais relevante, entendi que os destaques controvertidos da contenda são as questões: (c.1) sobre a indivisibilidade do relatório opinativo e as notas de crédito elaboradas pela YYY; (c.2) sobre a tutela de notas de crédito, autonomamente, como direito de autor; (c.3) a originalidade das notas de crédito da YYY, por si só; (c.4) o grau de controle havido pela YYY sobre teor informacional por ela divulgada irrestritamente *on-line*; e (c.5) se existe, de um lado, a tutela da YYY, e de outro, atos da XXX consistentes com a acusação de parasitismo.

2 Teor incontroverso que condiciona o julgamento da lide

2.1 Há três teores incontroversos que *condicionam*, balizam e conformam⁴ o dirimir deste processo: quais sejam (1) o fato de que a YYY faz uso de insumos

⁴ “Os processos judiciais são experiências raras e catastróficas para a grande maioria das pessoas e, mesmo quando advém a catástrofe a controvérsia geralmente gira em torno não da lei, mas dos fatos” (CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 94).

informativos públicos – sem prejuízo de também usar dados privados – para elaborar suas notas de crédito que seguem uma padronização; (2) o fato de que a YYY dá ampla publicidade em seu sítio virtual das notas de crédito *sub judice* e (3) o fato de que a XXX atribui a origem das notas de crédito citadas em seu *site* à originadora YYY.

2.2 Com relação aos (1) “ingredientes informativos” parcialmente públicos dos quais a YYY se utiliza para produzir as notas de crédito, tal contexto é importante, pois: (a) eventual titularidade derivada/incidental não importa em exclusividade sobre aquilo que já se encontrava em domínio público e (b) mesmo que fosse reconhecido direito de autor sobre uma criação derivada (ex.: uma adaptação para o audiovisual em 2020 de uma obra de dramaturgia no estado da arte, ao exemplo de “Muito barulho por nada” do grande Bardo), a interpretação sobre a extensão de exclusividade do segundo iter intelectual não pode atravancar qualquer forma de utência da expressão estética primígena. Não obstante, conforme ventilado pela XXX e confirmado pela YYY, as notas de crédito são externalizadas em uma baliza fixa-paradigmática-uniforme representada por letras isoladas do alfabeto como “A” (ou em uma escala majorada “AA” ou “AAA”).⁵ Este ponto é relevante e acaba por influir no convencimento do Juízo imparcial quando da concentração dos pontos incontestados do feito, já que uma padronização comunicativa no mercado de notas de crédito poderá significar alguma limitação aos interesses dos emissores; tal como (c) na ginástica olímpica uma ginasta não pode reclamar de “plágio” na coreografia⁶ da rival, pelo fato de que ambas executaram os *elementos obrigatórios* da apresentação ou (d) uma indústria de tomadas visa vedar que seu concorrente produza espelhos com três pinos, quando ambos apenas seguem os padrões regulatórios impostos. Fato é que padronizações, *scènes à faire*, e uniformes geram menos poderes a seus utentes do que muitos gostariam. Isto é apenas uma das características do capitalismo. Em suma, tal fato incontestado (1) serve como fonte normativa ao Julgador no sentido de compreender que eventual direito da YYY de restringir a liberdade alheia (XXX), mesmo se existente fosse, não seria qualitativamente extenso.

⁵ Conforme acesso havido no dia 13.9.2020, às 17:04, a YYY descrevia a nota de crédito da Bradesco Seguros S.A., na escala nacional, como brAAA/Estável (“br” sendo um acrônimo de Brasil) (Disponível em: https://www.standardandpoors.com/pt_LA/delegate/getPDF?articleId=2511991&type=COMMENTS&subType=REGULATORY). Frise-se, a título informativo, que este autor acessou este dado por simples clique, sem qualquer cadastro ou adesão a termos de consentimento, a partir de pesquisa pelo buscador Google.

⁶ Lei nº 9.610/98: “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma”.

2.3 No tocante ao teor incontroverso (2), as partes e o próprio Juízo⁷ consignaram que as notas de crédito sob contenda foram amplamente divulgadas na internet pela YYY. Em outras palavras, quando um agente econômico opta pela publicidade, ainda que determinado bem intelectual pudesse ser protegido via (i) segredo de negócio, tal fulmina qualquer pretensão neste sentido. Fato é que bens intelectuais que podem gerar vantagens econômicas das mais diversas eventualmente podem perceber tutela pela via da privacidade (art. 5º, X, da CRFB)⁸ que, no recorte patrimonial-empresarial, é concebido como segredo de negócio. Aliás, este sodalício já teve a oportunidade de vaticinar em uma contenda que versava sobre (ii) programas de computador (espécie ficcional de direito de autor) e (i) outros bens intelectuais sem garantia de exclusividade no contexto do mercado financeiro, que estratégias e dados de *trading* poderiam ser protegidos como segredo negocial.⁹ Em outras palavras, se dados com valor econômico (a exemplo de notas de crédito) são objeto de tutela contra (i) a concorrência desleal (art. 195 da Lei nº 9.279/96) enquanto *secretos* forem, uma conduta do originador – tal como a divulgação irrestrita – é suficiente para extinguir-se tal arquitetura de tutela: cuida-se de um ato de abdicação. De outro lado, se um bem intelectual gozar de natureza estética, a publicação deste é verdadeiro requisito para a incidência da tutela *patrimonial* dos (ii) direitos de autor. Ou seja, um mesmo bem intelectual de cunho artístico, enquanto restrito à ciência de seu originador, pode (i) ser tutelado como segredo; mas uma vez divulgado só poderia ser tutelado via (ii) direito autoral. Fato é que as tutelas aqui são intrinsecamente adversativas, não podendo quem arroga ser titular de uma delas contar com a outra de modo subsidiário:¹⁰ tal importa em decisão empresarial munida de riscos intrínsecos

⁷ Que o leitor perdoe este autor pela repetição do excerto da decisão liminar: “as próprias Rés tornam público os índices da avaliação de risco que emanam de suas análises [...] o cerne da questão reside na natureza dos ratings públicos disponibilizados pelas Rés [...] os índices de avaliação são publicados em páginas eletrônicas (públicas), de acesso a qualquer interessado”.

⁸ CRFB: “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: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁹ “Decerto que esses conhecimentos específicos geram valor econômico para o proprietário, de modo a diferenciá-lo de seus concorrentes no mercado de investimentos, daí porque devem ser reputados como segredo industrial (*know-how*) [...] E respondeu afirmativamente quando indagado se os programas de computador denominados ‘Modelos Polo Latitude’ constituem o segredo do negócio das estratégias de *trading* quantitativo utilizadas pela autora, e, portanto, configuram parte fundamental da diferenciação da gestão do fundo Polo Latitude 84 FIA para os demais fundos com estratégias quantitativas existentes no mercado financeiro [...]” (TJRJ, 2ª Câmara Cível. AC nº 0327067-78.2008.8.19.0001. Des. Luis Roldão de Freitas Gomes Filho. DJ, 13 abr. 2018).

¹⁰ “Antes, direitos privativos e concorrência desleal são círculos secantes. Têm núcleos diferenciados, mas há uma zona de sobreposição. Isto é próprio de uma relação de subsidiariedade. Concluímos assim que

e extrínsecos. Sem prejuízo do já narrado, tomando-se como premissa que um bem imaterial, factualmente, preenche os requisitos da tutela peculiar à Lei nº 9.610/98, é objeto de irrestrita divulgação na rede mundial de computadores, tal não extirpa a proteção patrimonial incidente *ex lege*. É indubitável que não se perde a titularidade de uma criação simplesmente pela maneira pela qual esta é divulgada. Contudo, de outro lado, quanto mais ampla for a divulgação, especialmente aquela que transborda fronteiras territoriais, línguas (como sói ocorrer com signos globais como letras-código – “A”, “AAA”, “B” ou “BBB” – acrônimos das mais variadas possibilidades, desde contextos bons até *Big Brother Brasil*) e preço (*in casu* gratuito), menor será o *controle* sobre como tal criação influenciará (*e.g.* desencadeará uma reação massiva no mercado para a venda de ativos) ou será interpretada (*e.g.* o interlocutor lhe emprestará baixa ou alta credibilidade) pelo destinatário. Em outras palavras, titularidade e controle¹¹ não se confundem, conforme os economistas e juristas estudiosos do mercado financeiro já antecipavam desde o início do século XX.¹² Assim, mesmo o titular de um direito de autor (“Z”) sobre uma obra publicada na mídia (*e.g.* uma crônica de Luís Fernando Veríssimo acerca do renomado “Analista de Bagé”) não consegue controlar integralmente o que universo dos leitores (“Y”) fará com aquele conteúdo informacional; se “Y” irá responder à opinião do “Z” com um artigo crítico arrogando que a personagem protagonista é machista; se “Y” se inspirará no teor informacional de origem “Z” para criar uma obra autônoma sobre catarse no século XXI e lucrar rios de dinheiro ou se “Y” usará dados de “Z” para se abster de executar um plano pretérito como de seguir a linha freudiana da psicanálise. Em síntese, tal fato incontroverso (2) serve como fonte normativa ao Juízo no sentido de compreender que eventual direito da YYY, (i) ou era bem jurídico tutelável por segredo antes da divulgação da última, ou (ii) se estético for, eventualmente seria protegível, em tese, via direito de autor, mas que a combinação de tutelas é impossível, e que,

entre violação de direitos privativos e concorrência desleal medeia um concurso aparente, a resolver em termos de subsidiariedade. As normas valorativas da concorrência desleal cederão, na ausência de fundamento em contrário, perante as regras mais precisas de tutela dos direitos privativos” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 352).

¹¹ “O problema fundamental da economia moderna não é mais a titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela” (COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 3).

¹² O clássico dos professores estadunidenses de Columbia ganhou uma versão nacional no final daquele século: “Essa separação pode existir em vários níveis. Quando os homens responsáveis em última instância pelo andamento da empresa possuem a maioria das ações, enquanto o restante delas está disperso entre muitos acionistas, o controle e parte da propriedade estão em suas mãos. A separação entre controle e propriedade só existe para os donos das ações minoritárias. Mas muitas vezes a propriedade está tão dispersa que o controle efetivo pode ser mantido com um interesse minoritário” (BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 35).

diante da incontestada autodivulgação informacional efetuada pela YYY, a tutela às notas de crédito via concorrência desleal do segredo se tornou impossível. Não obstante, (iii) há outro condicionante interpretativo à decisão que se extrai do fato incontroverso da divulgação irrestrita das notas de crédito *sub judice*, ainda que a YYY fosse titular de tal bem, o controle sobre o uso informacional daquele pelos leitores é particularmente diminuto.

2.4 Com relação ao fato incontroverso (3), o Juízo¹³ e a YYY¹⁴ confirmaram a narrativa da XXX de que as notas de crédito exibidas no sítio da última sempre têm como originador pertinente a pessoa correta, qual seja a YYY. Tal ponto é fulcral já que a usurpação de origem, ainda que de um bem informacional insuscetível de tutela via direito de exclusividade (a exemplo da descoberta de um novo planeta ou de um asteroide), seria – para além de uma práxis imoral e antiética – ilegal (já que usurparia a identidade do descobridor). Em outras palavras, não se discute nesta lide que alguém queira se passar por originador da labuta alheia. Factualmente, a atribuição (a) completa, (b) correta e (c) precisa sobre o teor informado é fundamental para que terceiros possam aferir a credibilidade daquela informação.

2.5 *Mutatis mutandi*, acaso a XXX tivesse se autoatribuído como originadora das notas de crédito ou tivesse absorvido as notas de crédito da renomada YYY, mas imputado a sua origem a terceiro, aí sim poder-se-ia ventilar a existência, ao menos em tese, de algum ato ilícito. Outrossim, tal fato incontroverso (3) serve como vetor hermenêutico pelo órgão jurisdicional no sentido de condicionar sua decisão (que mesmo diante de tantos complexos argumentos pode e deve ser simples)¹⁵ tomando como cerne o fato de que a XXX jamais usurpou a origem informacional das notas de crédito *sub judice*, indicando completa, precisa e corretamente o originador YYY.

2.6 Em uma nota concludente a este capítulo, os três fatos incontroversos servem como molduras hermenêuticas condicionantes ao Juízo no sentido de que:

- (1) caso a YYY tenha algum direito de restringir a liberdade de utência das notas de crédito por si originadas, tal prerrogativa deve ser interpretada *com extrema cautela*;

¹³ Pede-se escusas ao leitor pela repetição da informação disposta na decisão judicial interlocutória às fls. 468-469 “sendo estes [os índices] utilizados pela Autora em seu site para informação de seus clientes, com indicação da fonte”.

¹⁴ Pelos seus pareceristas à fl. 919.

¹⁵ “A extrema simplicidade é a manifestação suprema do belo. Se se chega a conceber as relações mais complexas na mais simples das formas, atinge-se as culminâncias da arte” (FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Tradução de Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 73).

- (2) pela conduta da *YYY* não há como reconhecer tutela sobre as notas de crédito *sub judice* como segredos, e se tal bem informacional tiver natureza estética o controle sobre a utência informacional não se confunde com sua titularidade; e
- (3) a correta e completa indicação pela *XXX* do originador informacional *YYY* é um indicativo de que a utência informacional foi feita de forma republicana (às claras), sem qualquer subterfúgio para camuflar condutas clandestinas.

3 Do conteúdo “obscuro” que gravitaciona sobre as narrativas das partes

Vistos os valores fundantes que devem guiar a formação normativa (decisão) no caso *sub judice*, já que emanam dos fatos incontroversos, se faz necessário tangenciar os elementos da lide que se encontram entre os extremos da primeira *fattispecie* e dos teores controvertidos.

3.1 *XXX* e *YYY* são concorrentes?

3.1.1 Em tal zona *gris*, o primeiro conteúdo de destaque é a alegada (b.1) concorrência entre os litigantes. Neste sentido, tal como na teoria do negócio jurídico, para se verificar uma situação jurígena concorrencial se faz necessário apurar o preenchimento dos (i) elementos, dos (ii) requisitos e (iii) dos fatores da competição. Neste quadrante, o primeiro (i. ‘a’) elemento imperativo a uma relação de concorrência é a pluralidade subjetiva/núcleo de interesses. Por sua vez, o segundo (i. ‘b’) elemento pertinente a uma relação de concorrência é o contexto patrimonial-empresarial (em outras palavras, a busca pelo lucro), já que disputas por questões predominantemente existenciais, amadorísticas, passionais, artísticas e culturais recaem no ambiente da *rivalidade civil*. Em último lugar, para além da (i. ‘a’) multiplicidade de sujeitos, do contexto (i. ‘b’) patrimonial predominante e pertinente ao contexto empresarial do segundo setor, também é necessário que haja (i. ‘c’) o *animus* de competição entre tais sujeitos que deve ser observado na forma abrasiva de tratamento recíproco. Destarte, em uma análise puramente potencial/teórica da situação da *XXX* e da *YYY*, a existência abstrata de eventual vínculo competitivo não é ilidido *aprioristicamente*, pois há (i. ‘a’) pluralidade de sujeitos (ao menos dois), (i. ‘b’) que integram o segundo setor, são sociedades empresárias que visam ao lucro, além de (i. ‘c’) não estarem buscando qualquer cooperação entre si pela conquista de clientela.

3.1.2 Por sua vez, no que diz respeito (ii) aos *requisitos* competitivos, a doutrina tradicional elenca serem necessárias a concomitância de (ii. ‘a’)

sincronia temporal,¹⁶ (ii.‘b’) superposição geográfica e (ii.‘c’) identidade de objetos.¹⁷ Colacionando os três requisitos concorrenciais à lide, é incontroverso que *XXX* e *SP* estão (ii.‘a’) em pleno funcionamento e que (ii.‘b’) atuam no Brasil. Por sua vez, qualquer impressão sobre (ii.‘c’) identidade objetiva à demanda, apenas pelo fato de que ambas as litigantes atuam no mercado financeiro, seria uma percepção tão equivocada quanto concluir que uma produtora de botas de *cowboy* seria concorrente de uma indústria de chinelos de dedo, apenas por que atuam no mercado de calçados.

3.1.3 Tal assertiva – a inexistência do suporte fático necessário à constatação de (ii.‘c’) entre *XXX* e *YYY* – toma como esteio duas informações fundamentais que podem estar “escondidas” no meio de mais de mil laudas dos autos do processo. Em primeiro lugar, por uma simples leitura dos contratos sociais das litigantes é possível verificar que as atividades basilares da *XXX* e da *YYY* são bem distintas.

Escopo da atuação da <i>XXX</i>	Escopo da atuação da <i>YYY</i>
(1) “Operar [...] em sistema mantido por bolsa de valores”, (2) atuar para com “valores mobiliários para revenda” (fl. 71), e (3) “intermediar” (fl. 72) alienações e operações financeiras no mercado bursátil.	(1) “prestação de serviços [...] que consistem na análise e revisão de informações financeiras”, (2) “coleta e agregação de dados [...] publicação e divulgação de índices”, e (3) “monitoração e revisão de tais índices” (fl. 506).

3.1.4 Em outras palavras, sem uma “revolução” nos contratos sociais e uma vicissitude substancial de rumos, não há qualquer proximidade (ii.‘c’) *objetiva* entre os litigantes afora o fato de que ambos gravitam ao redor do multiverso financeiro.

3.1.5 Em segundo lugar, apesar de, em sua resposta à petição inicial bem como em sua reconvenção, a *YYY* desenvolver uma tese sobre alegada concorrência desleal da *XXX*, há dois atos discursivos da primeira que denotam que nem

¹⁶ “Para a configuração da concorrência desleal [...] revela-se indispensável a simultaneidade da utilização dos nomes, em que um dos litigantes se valeu da notoriedade e popularidade da marca já existente e circulante no mercado para angariar a clientela a ela vinculada. [...] O periódico editado pela autora não era produzido há mais de cinco anos – o que, em se tratando de publicação diária, é um lapso considerável de tempo –, e seus consumidores da época, provavelmente, migraram para outros produtos do mesmo gênero” (TJPE, 4ª Câmara Cível. AC nº 133994-0. Des. Jones Figueiredo. *DJ*, 3 jun. 2009).

¹⁷ “[...] para que haja concorrência entre agentes econômicos é preciso que [...] se verifiquem três identidades: *que os agentes econômicos desempenhem suas atividades ao mesmo tempo; *que as atividades se voltem para o mesmo produto ou serviço; *que as trocas entre produtos e serviços [...] ocorram num mesmo mercado geográfico” (BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução ao direito da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 271).

mesmo ela está convicta de que as litigantes *disputam a mesma clientela*. No ato primígeno, às fls. 16 do agravo de instrumento, a própria YYY denota que a sua atividade predominante nada coincide com aquela da XXX: “Apesar da divulgação dos ratings pela Agravada não ser o cerne de seus serviços”. Ainda, no tocante ao discurso *intra autos*, às fls. 765, novo “ato falho” da YYY quando arroga sobre a alegada ilicitude da XXX em fazer menção às notas de crédito da primeira suscita que isto criaria “uma vantagem indevida para si em relação aos seus concorrentes”. Ou seja, não se inclui entre os concorrentes da XXX. Veja-se que o cuidado dos cultos patronos da YYY mesmo com a utilização de uma expressão que visaria minimizar o que é dito logo em seguida, fato é que é o *cerne*, o escopo principal, o objetivo predominante que compõe o requisito (ii.‘c’) da identidade/intercambialidade objetiva para efeitos da validade concorrencial, não está presente. O segundo ato discursivo está presente no próprio sítio¹⁸ virtual da YYY ao seu Código de Ética Profissional que determina que todos os sujeitos de direito vinculados laboralmente consigo devem *ser e aparentar ser* independentes – quicá imparciais – dos agentes econômicos que avaliam. Em outras palavras, para poder contar com a fidúcia do mercado, a YYY precisa ser equidistante como um árbitro de futebol, e não “torcer” para qualquer dos times que disputa a partida de futebol. Se a YYY tivesse grandes proximidades com os agentes econômicos (em geral sociedades anônimas com capital aberto) que lhe pagam para realizar as notas de crédito, ela em pouco tempo perderia clientela e credibilidade quanto à sua *imparcialidade*, equidistância, oxalá, neutralidade. A YYY não lucra mais de acordo com a proporcionalidade em que agrada a clientela, mas sim com a fidúcia edificada pela precisão de suas notas de crédito (que, aliás, podem mesmo desagradar o contratante do serviço). Tal ponto é de fulcral distinção para com as atividades de XXX, já que a última como corretora é bastante próxima a seus clientes (que podem ser pessoas físicas ou sociedades empresárias) e tende a ser parcial para proteger a clientela e lucrar com a intermediação/corretagem. Quanto mais agrada à sua clientela, mais lucrará com ela.

¹⁸ “The reputation of YYY Global and its divisions depends on the integrity and independence of its products and services which include, without limitation, determining credit ratings, news and industry-focused research, reporting on an industry, investment advisory services, creating and publishing indices, price assessments and benchmarks and providing benchmark calculation and/or administration services. Consequently, no employee should be involved in any activity or relationship that might compromise, or appear to compromise, the independence and objectivity of the Company’s products or services [...] Can I accept an expensive thank you gift for participating on a panel? Q: I received an expensive silk scarf from a client as a thank you gift for my participation in a panel discussion at an industry conference. The client is rated by our Company. I am in a role that does not involve rating the entity. Can I keep the gift? A: No, you cannot keep the gift because it is not of nominal value and even in a commercial role it could impact the perception of independence that we should maintain with our clients” (disponível no sítio na internet).

3.1.6 Em terceiro, e derradeiro, lugar com relação aos *requisitos* competitivos, chama a atenção o discurso destacado na reconvenção e no parecer de d’Hanens, Labrunie e Gusmão acerca da prática de “aproveitamento parasitário” independentemente de eventual condenação por concorrência desleal. Na opinião deste parecerista, o próprio enfoque predominante da tese do *aproveitamento parasitário* nas teses ofensivas da *YYY* denotam que a alegação de *competição abusiva* (em virtude de (ii. ‘c’)) da *XXX* não é tida como convincente particularmente nem mesmo de quem a ventila.

3.1.7 Por sua vez, no tocante aos (iii) *fatores* da concorrência, é preciso delinear que nos autos sequer se discute (iii. ‘a’) questões relacionadas ao *preço* ou (iii. ‘b’) aspectos pertinentes à *qualidade* dos serviços de *XXX* e *YYY*. Tais pontos são essenciais para a verificação de uma hipótese de *concorrência* em concreto, já que os (i) *pressupostos* e os (ii) *requisitos* apenas destacam os casos de *concorrência* em tese. *Verbi gratia*, mesmo em feitos nos quais os *elementos* e os *requisitos* competitivos teóricos se faziam presentes, o Excelso Pretório já dirimiu caso (*Hermes v. Hermês* – mercado de indumentária) em que o (iii. ‘a’) *fator* preço praticado era tão diverso entre os agentes econômicos, que a arguição de efetiva *disputa de clientela* seria impossível,¹⁹ e a convivência era a solução adequada a se observar. A resultado idêntico chegou o sodalício estadual paulista em outro feito sobre vestuário (*Prada v. Prada*),²⁰ no qual a *disparidade de preços* foi tomada como *fator* essencial para que a *concorrência em concreta* – inclusive aquela na vertente da deslealdade – fosse densificada.




3.1.8 Por fim, no tocante ao (iii. ‘b’) *fator* qualidade, ambas as litigantes *XXX* e *YYY* acabam por reconhecer o valor reputacional uma da outra em seus respectivos nichos de atuação. Não é a disparidade da *qualidade* dos serviços que seria pertinente para diferenciá-las entre si, mas sim a qualidade enquanto *paradigma* do modelo de negócio e a especificidade da clientela. Trata-se, sem dúvida, de uma conexão com o raciocínio dispendido quanto ao (ii. ‘c’) *requisito* da identidade objetiva, antecipada no item 3.1.5. Fato é que o programa econômico da *XXX* faz

¹⁹ “[...] também se afigura duvidoso se os produtos de fabricação de sua casa-matriz francesa [...], ilustrados no catálogo [...] por seu notório e indiscutível grau de sofisticação, são conhecidos por uma parcela maior dos consumidores locais do que os artigos identificados com a marca *Hermes*” (STF, 1ª Turma. *Rex* nº 115.820-4. Min. Sydney Sanches. *DJ*, 19 fev. 1993).

²⁰ “Sob esse aspecto, é evidente que não poderia prosperar o pedido, pois os produtos da autora e os comercializados pelas rés são distintos quanto à origem, qualidade, espécie, valores e ao público a que se destinam. Os produtos da ré contêm o logotipo da empresa italiana *Prada*, com a expressão ‘Milano’ logo abaixo da marca, são artigos de luxo, comercializados pela ré em butikues exclusivas, destinadas a um público selecionado, que jamais iria confundirlos com roupas e acessórios do vestuário de uso comum ou roupa e acessórios do vestuário para a prática de esportes [...] produzidos pela tradicional fábrica de chapéus ‘Prada’” (TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado. AC nº 103.992-4/1. Des. Alexandre Germano, j. 26.9.2000).

com que o *investidor* imediatamente seja quem lhe remunera, enquanto a *YYY* é imediatamente recompensada pelas empresas que *ambicionam* mais investidores, mas sem maiores conexões diretas aos últimos.

3.1.9 Destarte, é possível sumarizar este subcapítulo com o seguinte diagrama:

Contemplação da hipótese de concorrência	XXX v. YYY	Preenchimento de critérios
Elementos/pressupostos	Pluralidade subjetiva + contexto patrimonial + <i>animus</i> de captação de clientela	
Requisitos simultâneos	Territorialidade + sincronia + identidade objetiva	 *inexiste identidade objetiva
Fatores	Preço + qualidade	

3.1.10 Outrossim, fica superada qualquer obscuridade acerca de potencial competição²¹ entre as litigantes, já que, inexistindo²² *concorrência* em tese ou concretamente, é irrelevante aferir a imputada deslealdade²³ à *XXX*.

²¹ “Depois, para que haja o implemento da concorrência desleal, mister se faz que haja campos colidentes de interesses. Vale dizer: que os atos ou procedimentos repreensíveis sejam praticados em função de concorrente, da mesma atividade negocial e em um mesmo âmbito territorial, seja em indústria, seja em comércio, seja em atividade profissional, como tem entendido doutrina e jurisprudência. Assim, a diversidade de negócios ou de bases de atuação elide a configuração, como se tem entendido em concreto na jurisprudência” (BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria e prática da concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva 1989. p. 41).

²² “Apenas podem perpetrar as infrações ora cuidadas aqueles que exerçam uma concorrência, pois, para que competição desonesta exista, preciso se faz que haja, antes, a própria concorrência” (DELMANTO, Celso. *Crimes de concorrência desleal*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1975. p. 20).

²³ “A concorrência é, portanto, a possibilidade de competitividade, entre os fornecedores de um mesmo bem ou serviço, com o objetivo de trazer para si o maior número de consumidores (clientes). Havendo concorrência, o que é salutar, conforme sabemos, passa a existir a possibilidade de existir também a

3.1.11 Esclarecida a questão da *inexistência* de concorrência (em tese ou concretamente) entre os litigantes, é preciso lembrar ao Juízo que a petição inicial da XXX descrevia que o ato de citar notas de crédito de agências de risco como a YYY é a praxis mercantil ortodoxa²⁴ e previsível²⁵ do setor de corretoras (citando e demonstrando que tal é feito pela Órama (fl. 261), Engie (fl. 263), CCR (fl. 265) e Ativa ou Guide (fl. 46)). Na opinião deste parecerista, tal proceder descrito como “normal”, o paradigma estável, o padrão no mercado das corretoras, não recebeu impugnação específica da YYY, de modo que a citação das notas de crédito alheias, com a originação bem descrita, não pode, portanto, ser ato de deslealdade neste nicho. Tampouco é desleal, *a priori*, a reprodução de bens intelectuais originados por outrem (fora do ambiente concorrencial) se estes não se fizerem protegidos por um direito de exclusividade²⁶ nem houver qualquer forma de inculcamento.

3.2 É relevante que YYY receba realzas de terceiros pelo uso das notas de crédito?

3.2.1 Um segundo ponto obscuro entre as mais de mil páginas da lide versa sobre o fato de que (a) haveria terceiros (cerca de 1.900 deles, conforme fl. 738) que em uma situação símile à XXX preferiram contratar o serviço de licenciamento junto à YYY e (b) ao divulgar os dados de notas de crédito da YYY, a XXX estaria gozando da “reputação consagrada” da primeira (fl. 757).

3.2.2 No tocante ao item (a) é interessante pontuar que não restou claro: (a. ‘i’) quem seriam as corretoras que estariam a pagar a YYY para “acessar e divulgar as informações às quais a XXX se recusa a licenciar o uso”?; (a. ‘ii’) qual seria a extensão dos contratos, quais os dados licenciados, se a *fundamentação que resultou nas notas de crédito* também são incorporadas na licença, se serviços adicionais (e.g. algo *premium* e artesanalmente destinado) distintos das notas de crédito e do livre uso dos pareceres são adicionados e quais os preços

concorrência desleal” (ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. *Abuso do direito e concorrência desleal*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 139). Ou seja, a preexistência de concorrência é condição para que se possa versar sobre eventual deslealdade.

²⁴ “Em consequência, preferimos o critério aferidor da Convenção de Paris e baseado, certamente, na moral média de toda a pertinente categoria interessada (indústria, comércio, agricultura, profissões liberais etc.) segundo o padrão ético dominante no espaço (país, cidade, vila ou aldeia) e no tempo” (DUVAL, Hermano. *Concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 149).

²⁵ “I comportamenti, nel reiterarsi secondo una regola, e dunque nel collegarsi alle medesime circostanze e situazioni, assumono carattere di tipicità e uniformità. La forma di un ordine e data, appunto, da contegni tipici, ragionevolmente prevedibili e calcolabili dalle parti” (IRTI, Natalino. *L’Ordine giuridico del mercato*. Bari: Laterza, 1998. p. 5).

²⁶ “Cass., 14 ottobre 1988, n. 5601, in Giur. ann, dir. ind., 1988, 105, in motivo a p. 109 e v. prattutto l’avvertenza terminale, nonché già da Cass., 22 giugno 1985, n. 3762, ibidem, 1985, 77, in motivo a p. 83 (anche se qui, in evidente obiter dictum, i giudici molto in sintesi hanno voluto aggiungere che « imitare i prodotti altrui non brevettati » non è atto scorretto)” (SCIRÉ, Francesco. *Concorrenza sleale e sfruttamento del lavoro altrui*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1994. p. 68).

praticados?; (a. 'iii') se entre as corretoras licenciadas tais seriam estrangeiras (sujeitas a direito positivo e muito distinto oriundo de outra soberania) ou nacionais?; e, ainda, qual foi a (a. 'iv') causa de tais licenças?

3.2.3 Note-se que é algo basilar que uma transação ou pactuação prescindida da admissão de culpa. Em verdade, boa parte das atividades negociais no ambiente capitalista são peculiares à minimização de riscos. Imagine-se que um agente econômico no mercado específico das corretoras tenha, de fato, pago à YYY por licenciamentos informacionais. Qual teria sido a causa de tal negócio jurídico?! Poderia ele: (1) ter feito tal contratação visando a uma relação obrigacional mais profunda com a YYY, já que estava pensando em abrir seu capital no mercado bursátil e saberia que estaria sendo julgado pela primeira?; (2) ter quisto outros serviços *feitos sob medida*, estando as notas de crédito no pacote?; (3) ter querido evitar a contratação de um serviço especializado de propriedade intelectual, que é caro e pode ser demorado, entendendo ser mais em conta obter a licença junto à YYY?; ou (4) ter visado se precatar de uma lide longa, complexa, custosa e que envolva perícia tendo como *ex adversa* uma multinacional milionária (quicá multibilionária) que seja representada por um tradicional escritório de causídicos? Na opinião deste parecerista a resposta “positiva” para todas as quatro hipóteses é de alta probabilidade.

3.2.4 A assimetria informacional, o receio de um litígio contra alguém que irá lhe julgar ou até a política *interna corporis* de evitar pendengas judiciais podem estimular cerca de duas mil pessoas jurídicas (partindo da premissa de que a informação, não provada nestes autos, da YYY seja verdadeira, completa e precisa) a contratar o serviço da agência de crédito. Tal, contudo, não transforma tal *opção empresarial facultativa* em uma *regra cogente mandatária*.

3.2.5 Por fim, a alegação de que a XXX estaria se fazendo passar como associada da YYY é um tanto contraditória, além de irrelevante juridicamente no caso concreto. Veja-se que é incontroverso (item 2.4 *supra*) que a XXX atribui corretamente a origem da informação à YYY, e que se ela assim não o fizesse, aí sim praticaria ato ilícito. De outro norte, citar o originador de um dado tal não significa praticar associação com a fonte informacional, pela mesma razão pela qual, quando um parecerista cita em uma nota de rodapé um julgado do Excelso Pretório, tal não significa dizer que ele (a) tenha sido um ex-ministro do STF, (b) que ele advogue em Brasília ou, ainda, (c) que ele tenha feito uma visita ao museu da Suprema Corte. Pode ser apenas uma forma de honestidade intelectual ou de realizar o direito constitucional de liberdade de citação (art. 5º, IV e IX).²⁷

²⁷ CRFB: “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,

3.2.6 Note-se que a livre expressão não aceita esconderijos quanto ao emissor ou quanto à fonte, e que até mesmo o contexto comercial, econômico, lucrativo e eminentemente típico ao capitalismo não é infenso à desnecessidade de *autorizações* ou *licenças* para a comunicação, tal como os exemplos (i) da publicidade comparativa²⁸ ou (ii) dos usos livres²⁹ denotam. No primeiro caso (i), há uma autorização da ordenação para que um *concorrente* faça utência *gratuita* e *não autorizada*, de direito de propriedade industrial alheio, para no ambiente dos contrastes objetivos informacionais gerar publicidade, *maximizar informações aos consumidores*, e até ganhe *lucro* ao fazê-lo – sem a necessidade de reparti-lo com o titular do direito de propriedade intelectual usado como insumo da comparação. Por sua vez, no segundo exemplo (ii), uma farmácia de manipulação pode fazer uso de tecnologia patenteada por terceiro, com a exclusividade em vigor, sem qualquer tipo de licença do titular, para um cliente que poderia também ser atendido pela indústria farmacêutica, visando a seu lucro que não será socializado com o dono da patente.

3.2.7 Esclarecido que o sistema peculiar à CRFB/1988 (1) dá liberdade para quem quiser pagar por serviços/teores informacionais que já foram publicizados e não obriga quem prefira gozá-los gratuitamente que assim o façam, e (2) que o ambiente discursivo da propriedade intelectual não é antagônico com a legítima utência gratuita, desautorizada, visando ao lucro, até mal quista pelo titular de um bem intelectual, por parte de um terceiro *concorrente*; resta afastada qualquer obscuridade sobre um ato – *mutatis mutandi*, porém analógico – de um *não concorrente* como a XXX. Fato é que o que terceiros queiram contratar com a YYY cuida de matéria *subjéctiva, objectiva* e *contextualmente* irrelevante para o presente feito.

4 Da polpa genuinamente controvertida da lide

Neste capítulo encontra-se o cerne daquilo que é objeto das teses antagônicas de XXX e YYY.

à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato e [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

²⁸ “Considerando que o caso não se trata de contrafação ou uso indevido de marca, mas, sim, de publicidade comparativa, a qual é aceita pela jurisprudência desta Corte Superior, caberia à parte autora a comprovação dos danos materiais sofridos em decorrência do abuso cometido na publicidade veiculada pelas réis, o que não ocorreu na espécie, não se tratando de hipótese de dano patrimonial presumido” (STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.676.750. Min. Nancy Andrighi. DJ, 20 out. 2017).

²⁹ Lei nº 9.279/96: “Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos [...] Art. 43. O disposto no artigo anterior não se aplica: [...] III - à preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado; IV - a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento”.

4.1 *As teorias de legitimação dos direitos de propriedade intelectual.*

4.1.1 Por todas as manifestações da YYY e dos pareceristas d'Hanens, Labrunie e Gusmão inseridas nos autos junto ao Juízo instrutor e ao Juízo recursal, há duas palavras-chave descritas como *determinantes* à imperatividade de tutela das *notas de crédito, per se*, de origem da agência de riscos: (1) *esforço* e (2) *investimentos*. Segundo é possível se extrair a partir dos argumentos explanados pelos causídicos da YYY, o fato é que apenas com muita tradição, boa reputação, trabalho duro e largas vastidões de investimentos se conseguiria chegar ao cume produtivo que consistem as notas de crédito tão festejadas no mercado financeiro.

4.1.2 Para ser franco, penso que este parecerista jamais teria a vontade, a organização, o empenho ou o talento para fazer notas de crédito, e que provavelmente tal deve gerar alguma considerável labuta ao técnico do assunto (economista/contador/administrador), além de demandar o pagamento de salários, encargos fiscais e previdenciários, custos fixos e varáveis por quem empreende: a YYY. Logo, não creio que os dados produzidos pela YYY tenham sido objetos de *presentes divinos*, já que não sou crédulo do mito acerca da existência de *almoços gratuitos*.

4.1.3 Delineando, destarte, o primeiro ponto controvertido acerca dos *insu- mos* (teor a montante) que geraram os *produtos* (teor a jusante) é se (1) esforço e (2) investimentos são *relevantes* para fins da proteção do direito autoral. Em termos heurísticos, quando se contempla uma obra de arte como o inesquecível *Concerto de Clarinete em Lá Maior* de Mozart, mesmo que se ignore como se deu o processo criativo de tal gênio, é alta a probabilidade de que o resultado final tenha sido produto de muito empenho, dedicação, noites mal ou nada dormidas, abdicação de tempo em família e lazer. Em outras palavras, houve muito brio e “luta” endógena quanto às convocações de práticas hedonistas para se “conquistar” a *finalização* de tal produção.

4.1.4 Sabe-se, contudo, que a maioria das obras protegíveis por direitos autorais não teve como originadores “semideuses” artífices a exemplo dos gênios citados, mas sim gente comum, de criatividade ordinária, que esteve disposta a *suar a testa* para produzir algo decente. Ou seja, tanto para os insuperáveis-inesquecíveis-incomparáveis quanto para os incógnitos rara seria a percepção de que uma *obra* seria o “ponto de chegada”, sem um “ponto de partida” chamado *trabalho duro*.

4.1.5 Entretanto, se o *esforço* costuma ser uma característica em comum de quem cria, é falsa a percepção de o simples *trabalhar*³⁰ garantiria “a vitória”

³⁰ “Indeed, a mere alphabetized directory of names, addresses and telephone numbers list been held to lack the requisite originality to constitute a protectible work of authorship, notwithstanding the “sweat of

de uma proteção certa pelo direito. Alguns exemplos podem auxiliar no convencimento de tal crítica: (a) um advogado pactua com seu cliente honorários fixados, exclusivamente, na condição (fato futuro e incerto) do êxito processual, labora-se trinta anos no projeto com esmero, peças impecáveis e originais esteticamente, sustentações orais dignas de Ruy Barbosa, audiências bem conduzidas, relatórios bem preparados, uma diligência à lide digna de João da Gama Cerqueira, mas ao termo da contenda transita em julgado uma sentença completamente desfavorável ao seu cliente; (b) imagine-se que no ano de 1820, Ludwig van Beethoven ingresse em um momento infértil de sua carreira, e sinta-se “empacado como uma mula” em termos da especificação civil de novas sinfonias. Assim, durante 12 meses, apesar de muito empenho, milhões de rabiscos na pauta, nada consegue produzir ou o que produz coincide com a mera reprodução integral de obras vetustamente conhecidas que estavam em seu inconsciente; ou (c) um Órgão Judiciante que tem assento no Tribunal Constitucional, brilhante como Ruth Bader Ginsburg, se dedica por anos na elaboração de um voto que de tão sofisticado, criativo, convincente, emocionante, revoluciona o direito de um país além de influenciar a cultura jurídica mundial.

4.1.6 Note-se que com todas as disparidades contextuais nos exemplos (a), (b) e (c), estes têm em comum uma unívoca consequência: inexistirá tutela pelo direito de autor. Tal explanação é verídica, já que na hipótese (a), por causa do legítimo exercício da autonomia privada, o acidente³¹ do negócio jurídico (condição suspensiva)³² que afeta o pleno fator peculiar ao plano da eficácia da remuneração do advogado jamais se realizou; (b) tendo em vista que o sistema da propriedade intelectual não “premia” talentos latentes, ou a subjetividade de gênios pelo mero (e raro) fato de terem nascido como seres “especiais”, mas apenas a *virtude*,³³ sem o produto criativo não se haverá em falar em tutela; e (c) apesar da labuta e da criatividade do Juízo (há a opção política no Brasil,³⁴ e em boa parte do mundo

the brow” that went into compiling the directory” (McMANIS, Charles R. *Intellectual property and unfair competition*. St. Paul: West Publishing Co, 2004. p. 258).

³¹ “Acidentais se chamam os elementos cuja inclusão nos atos jurídicos suscetíveis de recebê-los, só da vontade dos que dispõem ou contratam depende, como a condição, o termo, o modo, a cláusula penal e mais cláusulas que, assim criadas, nos atos jurídicos se integram” (RÃO, Vicente Francisco de Paula. *Ata jurídica*. 2. tir. São Paulo: Max Limonad: 1961. p. 98).

³² Sobre as condições *vide* VELOSO, Zeno. *Condição termo e encargo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 20.

³³ “E tal como nos Jogos Olímpicos as coroas de flores da vitória não são concebidas aos mais belos e mais fortes indivíduos presentes, mas àqueles que participam das competições (visto que é entre estes que são encontrados os vencedores), são aqueles que *agem* corretamente que ganham os prêmios e as coisas boas da vida” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, Textos Adicionais e Notas: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007. p. 53).

³⁴ Lei nº 9.610/98: “Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: [...] IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais”.

capitalista,³⁵ de excluir decisões judiciais – por mais originais e novas que sejam – da tutela do direito de autor. O terceiro exemplo gera externalidades positivas como (i) o incentivo a sentenças técnicas e enxutas; e (ii) a maior circulação da informação acerca de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive para fomentar a cultura de obediência à coisa julgada, além da segurança jurídica. O órgão político recebe subsídio, produzirá no “atacado” durante a sua carreira centenas de milhares de decisões, e nada receberá delas a não ser a *citação* sobre o originador. Aliás, é bem provável que livros escritos para autores que visem a “concurseiros” cite integralmente tal fruto (seja para jogar tomates ou tecer elogios) criativo, novo e original, se enriqueçam com *best sellers* “esquemáticos”, mas nem por isso possam ser acusados por aproveitamento parasitário do labor judicial. O Juízo tem a autoria, mas não tem tutela de exclusividade, o controle sobre a utência alheia, tampouco pode cobrar *royalties* de quem faz uso de tal dado.

4.1.7 O segundo esteio argumentativo da YYY, seus causídicos e pareceristas, trata da questão (2) dos investimentos por ela realizados em prol da obtenção das notas de crédito gratuita e desautorizadamente utilizadas pela XXX em seu sítio virtual. O ponto controverso, contudo, é outro: pois seria possível extrair do teor argumentativo dos discursos da YYY que pelo fato de ter realizado investimentos, *imperativa, necessária e vinculativamente* deveria haver tutela para os produtos intelectuais que desenvolveu?

4.1.8 No mundo empresarial, entretanto, é relativamente comum que junto à expressão *lucro* haja uma outra designação pouco quista, qual seja, a do *risco*. A história contempla bilhões de exemplos de sujeitos de direito que honesta, consistente e corretamente investiram toda a sua poupança em venturas que se revelaram infrutíferas, e não só não obtiveram qualquer centavo em retorno como ainda acabaram devendo aos borbotões. É exatamente os riscos havidos em empreitadas intelectuais ou financeiras que podem *legitimar* os desejados lucros estratosféricos, mas não há qualquer *garantia* de que havendo *investimento* se observará *lucro, proteção* ou *tutela*.

³⁵ “Judicial decisions are not copyrighted; they are all in the public domain and thus a ‘commons’ available for all to use without a license. Because they are produced as a byproduct of the operation of a court system, it is unlikely that more would be produced if they were copyrighted. Nor is it likely that more would be better. It is true that if judges were paid according to the use others make of their opinions, for example by citing them, the quality of judicial opinions could well increase; but the quantity would probably rise as well and this would increase lawyers’ research costs and might make the law less knowable and coherent than if there were fewer opinions, because an increase in the number of opinions increases the likelihood of inconsistent rulings. Most important, the transaction costs of obtaining licenses by the myriad of lawyers, litigants, judges, and law professors who make copies of judicial decisions would be immense” (LANDES, William M.; POSNER, Richard Allen. *The economic structure of intellectual property law*. EUA: Harvard University Press, 2003. p. 15).

4.1.9 Neste sentido, é possível que (i) um agente econômico que tenha investido pouco menos do que dez reais se torne bilionário por um acerto improvável no cavalo azarão no jôquei ou em ações de uma sociedade empresária que todos julgavam moribunda, mas que acabou por inventar alguma tecnologia que revolucionou o seu mercado; (ii) um sujeito de direito não tenha gasto qualquer dinheiro com educação, viagens internacionais, visitas a museus, frequências a concertos ou bailes, mas que durante um sonho obtêm uma forma originalíssima para uma forma estética, acorde, descreva-a em um diário, a publique como livro e se torne um dos autores mais bem pagos do mundo; ou (iii) uma pessoa jurídica resolva retomar o projeto dos Concordes para garantir viagens ao redor do mundo em um tempo recorde, empenhe bilhões de dólares, mas sua invenção – apesar de gozar de atividade inventiva – gere enormes riscos de deslocamento e acabe não sendo autorizada pelas agências reguladoras de aviação internacional.

4.1.10 Tais exemplos denotam hipóteses (i) e (ii) em que investimentos parcos, quando mesmo existentes, podem gerar lucros e intensas tutelas pelo mundo do direito, bem como (iii) nas quais investimentos massivos não resultem em qualquer retorno econômico. Em comum, os argumentos processuais sobre (1) esforço e (2) investimentos dispendidos com alta qualidade estética pela YYY têm o fato de que nada obsta que sejam observados, simultaneamente, em um bem intelectual que receba a proteção do direito de autor. Contudo, eles não são *pressupostos*, *requisitos* ou mesmo *fatores* (logo determinantes) deste tipo de direito de exclusividade, consistindo em meros incidentes condicionantes³⁶ à tutela. São no máximo *obrigações de meio* diante de uma legalidade constitucional que não mensura *notas fiscais*, *raça*, *esforço* ou vontade como determinantes à proteção via propriedade intelectual. Fato é que a ordenação brasileira labora com *metas*, *balizas* que se forem alcançadas resultarão em tutela.

4.1.11 Destarte, o que pode gerar proteção pelo direito de autor é aquilo que: (a) não tenha sido politicamente excluído de incidência pela propriedade intelectual (como as sentenças judiciais, o texto das leis ou os atos do Poder Executivo), (b) for novo e (c) gozar de “contributo mínimo”. Logo, a “obrigação” pertinente é a de *resultado*,³⁷ por mais nobres que possam ter sido os meios galgados pela YYY ou por qualquer outro sujeito de direito. Em outras palavras, o argumento da YYY

³⁶ “No entanto, a obra *também* custa trabalho. Mas a relação entre os dois termos não é reversível, pois embora possamos afirmar que o trabalho implica-se na obra, como sua *condição*, é impossível dizer que *todo* trabalho conclui-se como obra” (GUÉRIN, Michel. *O que é uma obra?* Tradução de Cláudia Schilling. São Paulo: Paz e Terra, 1995. p. 13).

³⁷ Sobre a tutela da propriedade intelectual como fruto de uma obrigação de resultado, permita-se a remissão a texto de minha autoria em “The Forsaken PTO: Some observations on public policies concerning intellectual property law in Brazil” (*In*: ULLRICH, Hanns; DRAHOS, Peter; GHIDINI, Gustavo (Ed.). *Kritika: essays on intellectual property*. Cheltenham: Edward Elgar Publisher, 2020).

quanto à necessidade de tutela de (1) esforço e (2) investimentos certamente encontra esteio nos ensinamentos bíblicos, ou mesmo nos credos morais, porém é apenas coincidente com a realidade capitalista que não desperta atenção ao desejo *paternalista*, ao viés *plutocrático*, ou ainda à brava luta do sujeito *infértil* de teores originais e criativos. O direito de autor no Brasil conota a meritocracia do estético e a laicidade, e não exprime com exatidão o empenho, a religiosidade ou a extensão de riqueza do agente econômico.

4.2 *O direito de autor serve às criações de natureza estética.*

4.2.1 Se um agente econômico criar algo que (a) não encontre óbices de políticas públicas para o advento da tutela; (b) seja novo e (c) seja *munido* de contributo mínimo; ainda assim é possível que (d) o *tipo de proteção constitucional*, também conhecido como princípio da especialidade da tutela, não coadune com o pleito buscado. Em outras palavras, o ser humano tem enorme liberdade para eleger (i) se vai criar ou não, em caso positivo, (ii) se sua criação será uma pequena contribuição ao estado da arte, dando continuidade a uma tendência/escola de expressão, ou se irá romper com o *status quo* e propor algo disruptivo, (iii) se visará à proteção que a ordenação lhe faculta à criação ou se renunciará aos direitos patrimoniais sobre a última incidentes, (iv) se procurará manter sua criação em segredo e optará pela tutela contra atos de concorrência desleal, ou se almejará a publicidade e tentará obter um direito de exclusiva, e até (v) para qual campo das ciências ou das artes contribuirá.

4.2.2 Para que este hipotético sujeito de direito não tem qualquer autonomia é – uma vez que sua obra está pronta e acabada – definir que tipo de *incidência qualitativa* o sistema jurídico outorgará em termos de natureza jurídica da criação ou mesmo buscar a sobreposição³⁸ destas. Tal campo é cogentemente preestabelecido pela legalidade constitucional que, em síntese, aparta os resultados de proteção a depender da natureza quadripartite do iter intelectual. Logo, ou a criação tem como essência única ou predominante (a) a distintividade; (b) a utilidade; (c) a ornamentalidade ou (d) a esteticidade/plasticidade.

4.2.3 No que concerne ao presente feito, as criações (d) de natureza *estética* são sempre principais – e podem ser qualificadas como pertencas, já que gozam de autonomia sobre o bem em que se encontram, lidam como o belo, o feio, o estranho, a remissão de uma ideia confortável, visam ao convencimento, ao inusitado, ao ato de chocar e incomodar o interlocutor. As criações estéticas não

³⁸ “É essencial que o regime de sobreposição de direitos de PI obedeça aos limites intrínsecos e extrínsecos impostos pelo mencionado regime de propriedade intelectual. É temerário que se aceite a sobreposição de direitos de PI sem que antes se façam as ponderações necessárias para a legalidade e constitucionalidade dessa sobreposição” (PORTO, Patrícia Carvalho da Rocha. Limites à sobreposição de direitos de propriedade intelectual. *Revista da ABPI*, n. 109, nov./dez. 2010. p. 14).

resolvem qualquer problema, não têm como essência a utilidade informacional, podendo antes gerar problemas, resultar em insultos, catarses, gerando contemplação e reflexão. Entre todas as formas de criação intelectual, trata-se daqueles iteres em que há a maior conexão entre *sujeito* e *objeto*, sendo intensa e extensamente tutelados pelos valores da personalidade.

4.2.4 Em um arremedo de argumento, se o criador exterioriza um bem cuja característica principal é de: (i) resolver um problema técnico, ele está manietado de receber como recompensa uma exclusividade de natureza (a) distintiva,³⁹ (c) decorativa⁴⁰ ou (d) plástica;⁴¹ (ii) contrastar um sujeito ou um objeto de outro, por mais que se almeje uma proteção de teor (b) utilitário,⁴² (c) ornamental ou (d) estético, não haverá êxito a tal pedido/preensão; (iii) ornamentar um ambiente, ele está circunscrito das chances de perceber tutelas de caráter (a) distintivo, (b) utilitário ou (c) estético; ou (iv) exteriorizar sua personalidade/subjetividade/individualidade gerando contemplação, não há qualquer hipótese de lhe ser assegurado titular de (a) uma marca,⁴³ (b) um cultivar⁴⁴ ou (c) um desenho industrial.

³⁹ “If the trademark system permitted protection for functional subject matter, then a mark owner might enjoy intellectual property protection akin to a perpetual patent. At least, this is one of the primary concerns underlying the functionality doctrine, as many of the functionality cases reflect. For example, in *Qualitex Co. v. Jacobson Prods. Co.*, 514 U.S. 159 (1995), the Supreme Court explained that “the functionality doctrine prevents trademark law, which seeks to promote competition by protecting a firm’s reputation, from instead inhibiting legitimate competition by allowing a producer to control a useful product feature” (JANIS, Mark D. *Trademark and unfair competition*. 2. ed. Albuquerque: West Academic, 2017. p. 58).

⁴⁰ “Um exemplo objetiva bem a diferença entre ambos: os sulcos que se vêem nos aros dos pneumáticos de automóveis. Destinam-se eles, na maioria das vezes, a um fim útil, pois evitam a derrapagem, função exercida pelos sulcos sobre o solo, à maneira de vendosas. Nesse caso temos, tipicamente, um modelo de utilidade. Quando, porém, os sulcos figuram nos aros dos pneus, simplesmente, como ranhuras ornamentais, dispostas artisticamente, de modo não só a torná-los diferentes dos outros pneus, como, principalmente, a fazer com que, pela originalidade dos desenhos, agradem à sensibilidade visual do público, temos presente um desenho industrial. E’ que, nesse caso, não se prestando os sulcos a um fim útil, passam para a órbita dos desenhos industriais, de fins puramente ornamentais” (RODRIGUES, Clovis Costa. *Concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Peixoto S.A., 1945. p. 242).

⁴¹ “useful articles are designed to look attractive. For instance, a toaster might be given an art deco appearance, or a desk lamp might be designed in a sleek modernistic fashion. Although these objects embody artistic creativity, the copyright statute makes clear that the design of a useful article can only be protected under the copyright law “to the extent that such design incorporates pictorial, graphic or sculptural features that can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of the article”. 17 U.S.C.A. §101 (1992)” (SCHECHTER, Roger E. *Unfair trade practices & Intellectual property*. 2. ed. United States of America: Black Letter Series 2002. p. 94).

⁴² Contra a cumulação de tutelas *vide*: TRF2, 2ª Turma Especializada. ED nº 200502010117070. Des. André Fontes. *DJ*, 30 jan. 2008.

⁴³ “A questão versada nestes autos é de fácil solução, uma vez que os documentos de fls. 179-184 demonstram de maneira irretorquível que a ora primeira apelada – THE TIMBERLAND COMPANY – é detentora dos direitos autorais de ‘The Tree Design’, [...] Desprovida de fundamento, assim, a afirmativa do autor de que não se trata de direito autoral, mas sim marca mista cuja parte figurativa não goza de proteção exclusiva” (TRF2, 2ª Turma Especializada. AC nº 9802202533. Des. André Fontes. *DJ*, 26 abr. 2005).

⁴⁴ “Tais criações se distinguem da invenção pelos fins que almejam, pois, enquanto as invenções se dirigem para a satisfação de exigências e necessidades de ordem prática ou técnica, as criações artísticas

4.2.5 Criadores não têm a autonomia de selecionar a hipótese de incidência com o bem já criado (resultando na tutela de *trade dress* para um programa de computador), tampouco, de cumular⁴⁵ hipóteses de incidência para uma única criação (compõe-se uma obra de arte que será simultaneamente protegida por patente, desenho industrial, marca e direito de autor).

4.2.6 Tais assertivas não ignoram que há criações que ostentem, ambigualmente, mais de um carácter, como pode acontecer (i) com um desenho que esteja entre a obra de arte e o desenho industrial; ou (ii) com um signo tridimensional que gravitacione entre o utilitário e o distintivo. Tampouco se nega haver criações cuja essência seja de um tipo de proteção (pois têm natureza intrínseca de utilitárias), mas que a ordenação *ficticiamente* lhe atribua outra (mas que são tratadas como se estéticas fossem, e.g., programas de computador). Contudo, ficções⁴⁶ jurídicas e presunções são instrumentos que alteram a realidade jurídica, e por terem o condão de alterarem os equilíbrios e ignorarem a natureza do fato jurídico, são ferramentas *excepcionalíssimas*. A máxima, o arquétipo é que da característica predominante do bem se extrairá a hipótese de incidência jurídica, e, portanto, a especialidade⁴⁷ de sua proteção.

4.2.7 No presente processo, todavia, a controvérsia se dirige sobre a natureza da criação das notas de crédito. Há a posição da XXX de que não seria uma obra plástica/estética, enquanto a YYY arroga que tal seria *uma parte* de algo maior (os densos e fundamentados relatórios sobre o *aviamento* de determinada empresa), protegível por direitos de autor. Neste subcapítulo, entretanto, delimitar-se-á à discussão sobre a hipótese de incidência da Lei nº 9.610/98, isoladamente, às notas de crédito.

objetivam uma satisfação de ordem espiritual, como a do diletante da música ou, talvez numa linguagem mais apropriada, busca uma satisfação de natureza estética. Tais criações, evidentemente, escapam ao âmbito das invenções, e, por conseguinte, ficam excluídas da lei sobre patentes de invenção" (PIERANGELI, José Henrique. *Crimes contra a propriedade industrial*. Crimes de concorrência desleal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 86).


⁴⁵ Sobre a impossibilidade de cumulação de espécies distintas de tutela de propriedade intelectual para uma única criação, permita-se a remissão a texto de minha autoria "A vedação da sobreposição de direitos da propriedade intelectual na ordenação brasileira" (*Revista da ABPI*, n. 162, set./out. 2019).

⁴⁶ "A paternidade da obra literária ou artística, em tais termos, é como a paternidade humana. O homem, criado à imagem e semelhança de Deus, como êste, pode criar, tanto por via de seu sêmen, quanto por ação de sua inteligência. Não obstante, o legislador, sempre o homem, é capaz de criar ficções jurídicas" (FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 7. p. 101).

⁴⁷ Assim, em princípio, nunca um objeto funcional será protegido como marca. Com efeito, a Constituição de 1988 provê uma solução de equilíbrio para cada falha de mercado específica: direitos de exclusiva temporários, em certos casos (patentes, direitos autorais); direitos sem prazo, em outros casos (marcas) [...] Alvitra-se, assim a aplicabilidade ao caso do chamado "princípio da especialidade das proteções". Tal princípio poderia ser assim expresso: "Cada Direito da Propriedade Intelectual terá a proteção adequada a seu desenho constitucional e ao equilíbrio ponderado dos interesses aplicáveis, respeitado a regra de que só se pode apropriar o que não está no domínio comum" (BARBOSA, Denis Borges. *Da tecnologia à cultura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 50-51).

4.2.8 Em primeiro lugar é sempre útil recordar que a *língua portuguesa* é um bem público de uso comum, protegido constitucionalmente (art. 13)⁴⁸ como um *compáscuo* imaterial que possibilita a comunicação, os discursos, a circulação informacional. Para além das letras que integram o próprio alfabeto, as formas de mensuração (quilômetros, arrobas, hectares, centímetros, metros, escala Richter etc.), e a numeração arábica também são excluídas de qualquer tentativa de monopólio privado. Logo, independentemente de qual *especialidade* de tutela alguém almeje – (a), (b), (c) ou (d) – nenhuma delas constrange os não titulares de fazerem o uso que lhes aprouver de formas básicas de comunicação como letras, algarismos e datas.⁴⁹

4.2.9 Logo, é relativamente simples para o mais leigo dos intérpretes distinguir se um iter intelectual, por maior que tenha sido o esforço ou o investimento do emissor, tenha sua função como predominantemente estética. Em um contraste hiperbólico pede-se ao leitor que observe os seis iteres⁵⁰ a seguir:

<p>“[...] O bicho não era um cão, Não era um gato, Não era um rato. O bicho, meu Deus, era um homem”.</p> <p>Excerto de <i>O bicho</i>, de Manuel Bandeira.⁵¹</p>	 <p>Excerto de <i>Bachianas brasileiras número 5</i>, de Heitor Villa-Lobos.⁵²</p>
--	---

⁴⁸ CRFB: “Art. 13. A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil”.

⁴⁹ Por exemplo diz a Lei nº 9.279/96: “Art. 124. Não são registráveis como marca: [...] II - letra, algarismo e data, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva”.

⁵⁰ “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; [...] VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa; e VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores”.

⁵¹ Obra datada de 1947 de autoria do pernambucano Manuel Carneiro de Sousa Bandeira Filho (Disponível em: <https://www.escritas.org/pt/t/4828/o-bicho>. Acesso em: 20 set. 2020).

⁵² Obra datada de 1938-1947 (aqui apenas se refere à música e não à letra) do carioca Heitor Villa-Lobos.



Les Lavandieres, de Camille Pissarro.⁵³



Diana, Augustus Saint-Gaudens.⁵⁴



Coreografia de *Quebra-nozes* – edificada sobre o clássico de Tchaikovsky.⁵⁵

Notas: “10, 9, 8, 7, 6, 5, 4, 3, 2, 1, 0”; ou conceitos: “Excelente, Muito Bom, Bom, Regular, Ruim e Deficiente”; ou graus: “A, B, C, D e E”; ou “+++, ++, +, +-, -, -, -”.

4.2.10 Na opinião deste parecerista, cinco das seis expressões de um cérebro acima citadas gozam de natureza estética autônoma, enquanto uma delas não tem, *por si só*, qualquer plasticidade para receber a incidência jurídica de que trata a Lei nº 9.610/98. Fato é que notas, conceitos, graus, ou formas gráficas positivas/negativas, isoladamente, não são obras de arte.

4.3 *A integridade de uma obra e elementos não apropriáveis por direito de exclusividade.*

4.3.1 Um ponto interessante ventilado nas teses defensivas, no parecer de d’Hanens, Labrunie e Gusmão, bem como na reconvenção da YYY, cuida da alegada

⁵³ Obra datada de 1895 de autoria de Jacob Abraham Camille Pissarro, das Ilhas Virgens (Disponível em: <https://br.pinterest.com/pin/574701602444258673/>. Acesso em: 20 set. 2020).

⁵⁴ Dados e imagem sobre obra de 1922 disponíveis em: <https://www.metstoreblog.org/poise-and-power-augustus-saint-gaudens-diana/>. Acesso em: 20 set. 2020.

⁵⁵ Por ignorância desde parecerista, não consegui localizar dados sobre quem são os bailarinos, quem foi o fotógrafo nem quem foi o coreógrafo que criou o repertório que está sendo executado na fotografia. A imagem e as informações estão disponíveis em: <http://naspontas.com.br/2017/11/23/quebra-nozes-nutcracker/>. Acesso em: 20 set. 2020.

indivisibilidade (a) do relatório opinativo e das (b) notas de crédito elaboradas pela própria *YYY*. Mais uma vez é importante salientar que é incontroverso nestes autos que a *XXX* não usa ou, sequer, é acusada de usar *relatórios opinativos* da *YYY*, restando controvertida, apenas, a questão (b). Apesar de a argumentação não ser tão explícita neste sentido, há um paralelo entre o argumento da intangibilidade/indivisibilidade/incindibilidade daquilo que a *YYY* entende como *universalidade e obra* (relatório opinativo + notas de crédito), e a tutela de que trata o art. 24, IV, da Lei nº 9.610/98.⁵⁶

4.3.2 No caso concreto, contudo, é pertinente vaticinar que a *YYY* não pleiteia qualquer condenação em violações a direitos existenciais/morais de autor pela utência das suas notas de crédito pela *XXX*, o que acaba por minimizar a incidência de tal via argumentativa. No entanto, caso a *YYY* tivesse formulado tal tipo de estratégia processual ela precisaria estar acompanhada – como sujeito processual – dos autores dos relatórios descritivos⁵⁷ que geraram as notas de crédito, já que se tratando de valores da personalidade, eles não são objeto de cessão/licença/empréstimo,⁵⁸ ainda que haja um vínculo empregatício ou outro tipo de negócio jurídico para com as pessoas físicas que supostamente teriam elaborado a “obra”. Em uma expressão de direito adjetivo: a *YYY* não tem legitimidade⁵⁹ ativa para empenhar a tese de indivisibilidade de “obra”, já que tal cuida de direito existencial/moral de autor da qual não goza de titularidade.

4.3.3 Entretanto, apenas pelo amor acadêmico das hipóteses contrafactuais, imagine-se que o direito de integridade tivesse fictícia natureza *patrimonial*, qual seria a extensão da tutela do titular com relação a suposta citação⁶⁰ de

⁵⁶ Lei nº 9.610/98: “Art. 24. São direitos morais do autor: [...] V - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra”.

⁵⁷ Anote-se a curiosidade deste parecerista: o nome dos alegados autores (dos relatórios opinativos) não é descrito na lide em quaisquer das peças da *YYY*. É muito incomum que em uma lide que trata de suposto direito de autor que o “protagonista” da alegada autoria seja tão oculto quanto o Gasparzinho – o fantasmilha camarada!

⁵⁸ Código Civil de 2002: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

⁵⁹ “A legitimidade *ad causam* é a qualidade para estar em juízo como demandante ou demandado em relação a determinado conflito” (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 117).

⁶⁰ “In sum, it can be concluded that freedom of expression establishes a firm basis for copyright limitations. It ensures that information diversity is not stifled by excessive copyright protection. Functionally, the guarantee of freedom of expression complements the idea/expression dichotomy known in copyright law. Whenever recourse to the mere facts presented in a copyrighted work is insufficient, the freedom of expression. Of the speaker can be asserted to allow for the use of a work’s expressive core. Typically, this situation arises in the context of News reporting and the use of a work for the purpose of quotation, criticism or parody” (SEFTLEBEN, Martin. *Copyright, limitations and the Three-Step Test*. Amsterdam: ITER, 2004. p. 30).

apenas uma parte da arguida *universalidade*? Em outras palavras, a perseverar a lógica da *YYY*, toda citação necessariamente deveria ser uma reprodução integral do iter evocado. Provavelmente seria o fim de *quaisquer* publicações acadêmicas, científicas e estéticas; além de ser uma forma de incentivar que a lícita apreensão das ideias alheias fosse realizada sem a mandatária acreditação do originador. Tratar-se-ia de uma má ideia⁶¹ para um sistema pautado na pluralidade cultural e na liberdade de expressão.

4.3.4 Ainda, se o raciocínio da *YYY* sobre a indivisibilidade da universalidade de “relatórios opinativos + notas de crédito” fosse procedente, seria necessário observar que mesmo assim tal não teria o condão de tornar *monopólio privado* aquilo que se trata de bem público de uso comum. Desta forma, projetando tais hipóteses para a presente lide, entendo que a *YYY* (i) não tem legitimidade ativa para arguir a integridade de sua alegada obra (*rectius*, universalidade), já que tal promana de direitos existenciais da qual não é a titular; (ii) mesmo que alguém atribua a natureza da soma “relatório opinativo” (que não faz parte desta lide ou da utência da *XXX*) + notas de crédito à natureza de *obra autoral*, tal não garante à *YYY* o controle sobre teores informacionais que, por si só, não são protegidos como direito de autor; e (iii) o direito de terceiros de citarem parte de criação alheia não faculta ao originador o poder jurídico de determinar/autorizar/anuir que excerto pode ser citado.

4.3.5 Dois exemplos adicionais auxiliam o intérprete a compreender ser desarrazoada a tese da *YYY*. Veja-se o primeiro deles: no dia 20.9.2020 o Club de Regatas Vasco da Gama, participando do campeonato brasileiro de futebol masculino profissional, “visitou” o Coritiba Futebol Clube em Curitiba, tendo sido derrotado pelo último pelo placar de 1 x 0. Sobre os dados de fato (escalações, cartões amarelos, nomes do trio de arbitragem + árbitro de vídeo auxiliar, gol, impedimentos, escanteios, passes certos e errados, arremates a gol), periódicos diversos, com repórteres, cronistas, locutores e comentaristas analisaram o mesmo jogo.

⁶¹ “Mas a ideia não era boa. Por quê? Porque seus resultados são ruins. E é isto, afinal, que deve valer para julgá-la. Ser sedutora, ser generosa, não faz com que funcione. E, se não funciona, a abandonamos” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014).

<i>Lancenet</i> ⁶²	<i>Globo Esporte</i> ⁶³
<p>Crônica feita por Luiz Portilho:</p> <p>“[...] Pela 11ª rodada do Campeonato Brasileiro, o Cruz-Maltino desperdiçou boas chances de gols, diante do Coritiba, e acabou derrotado por causa do gol de pênalti originado em um puxão infantil de Yago Pikachu dentro da área. Com isso, o lateral recebeu a pior nota da equipe”.</p>	<p>Crônica feita pelo GE (sem indicação de pessoa física):</p> <p>“Atuações do Vasco: Pikachu vacila no fim, e time perde devido a pênalti bobo em Curitiba [...] Cano tem boa atuação no Couto Pereira, mas time novamente sente a ausência de Benítez na criação”.</p>
<p>Notas dos jogadores e comentários:</p> <p>“Yago Pikachu – 4,0: Cometeu o pênalti de forma infantil e comprometeu a equipe, já que o lance decretou a derrota do Cruz-Maltino”.</p> <p>“Cano – 6,0: É incrível como o argentino consegue levar perigo ao adversário em todas as jogadas das quais participa. Não balançou a rede porque parou em ótima atuação do goleiro Wilson”.</p> <p>“Bruno César – 5,0: Errou muitos cruzamentos. No segundo tempo, melhorou um pouco na aproximação dos atacantes”.</p>	<p>Nota dos jogadores e comentários:</p> <p>“Pikachu: vinha fazendo uma partida segura, mas cometeu pênalti bobo em Robson, no fim do jogo, e acabou sendo o responsável pela derrota. Nota: 4,0”.</p> <p>“Cano: como sempre, jogador mais perigoso do Vasco. Saiu mais da área, acertou dois chutes perigosos e quase marcou. Wilson evitou o gol do argentino. Nota: 6,5”.</p> <p>“Bruno César: mais uma vez teve a responsabilidade de substituir Benítez e não foi bem. Atuação apagada. Nota: 5,0”.</p>


4.3.6 No exemplo contemplado há três tipos de teor que são peculiares e merecem uma análise compartimentada. Os (a) dados de puro relato fático (placar, data, horário, times, jogadores) são informações de cognição irrestrita aos interessados, não há qualquer delimitação sobre a forma publicitária circunscrita a tais elementos que emissoras ou periódicos não autorizados possam sofrer. Por sua vez, (b) uma crônica do jogo (e.g. “O riscado em Coritiba narrava vinte e dois guerreiros disputando uma vitória, diante de um silêncio retumbante na arquibancada, consagrando um clássico desportivo internacional em Campos Gerais [...]”)

⁶² Reportagem do dia 20.9.2020 (Disponível em: <https://www.lance.com.br/galerias/atuacoes-pikachu-faz-penalti-e-recebe-a-pior-nota-do-vasco-em-derrota-para-o-coritiba/#foto=11>. Acesso em: 21 set. 2020).

⁶³ Reportagem do dia 20.9.2020. (Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/futebol/times/vasco/noticia/atuacoes-do-vasco-pikachu-vacila-no-fim-e-time-perde-devido-a-penalti-bobo-em-curitiba.ghtml>. Acesso em: 21 set. 2020).

e a descrição textual sobre o desempenho de jogadores (v.g. “O centro-avante portenho do Gigante de Colina não teve um pôr do sol abençoado com a marcação de mais dois tentos naquela cancha”), pode ser objeto de tutela por direito autoral se a narrativa *estética* gozar de novidade e originalidade. Por fim, se um empresário desportivo exibir (c) as notas brutas (Pikachu – 4 e 4 // Cano – 6,5 e 6 // Bruno César – 5 e 5) outorgadas pelos analistas profissionais, de jogadores sob a sua batuta organizativa, por maior que seja o lucro que perceba, indicando a fonte de tal dado objetivo, sem qualquer remuneração ao *GE* ou ao *Lance*, nada haverá de ato ilícito. Resultados objetivos (c) extraídos de dados fáticos (a), desde que despídos de algo que possa ser novo e original (b), não são objeto do controle do originador, em especial depois de fartamente publicizados por si. Note-se que a coincidência semi-integral na atribuição de notas aos jogadores não se deve a um acaso ou a um golpe de sorte, não há grande margem interpretativa para estipulação de grau (ex.: alguma picuinha ou predileção pessoal) diante de critérios objetivos e procedimentos fixos para obtenção de resultados: ou seja, não há genuína margem de autonomia existencial para atribuir qualquer grau a qualquer desempenho sob pena de se perder credibilidade junto ao público.

4.3.7 Em um derradeiro exemplo, imagine-se o mercado de cinemas perante uma estreia de um filme (*Era uma vez em... Hollywood*) de um dos cineastas estadunidenses mais polêmicos/talentosos das últimas décadas:

O Globo ⁶⁴	Omelete ⁶⁵	Adoro Cinema ⁶⁶
<p>“Sinopse: O filme volta no tempo e mistura a trajetória de um ator de Hollywood e de seu dublê e a história real da atriz Sharon Tate (1943-1969), que foi assassinada. Indicado ao Oscar 2020 nas categorias Melhor filme, Direção, Ator, Roteiro original, Ator coadjuvante, Direção de arte, Fotografia, Figurino, Edição de som e Mixagem de som. Direção: Quentin Tarantino Elenco: Margot Robbie, Leonardo DiCaprio, Brad Pitt País de Produção: EUA”.</p>	<p>“País: Estados Unidos, Reino Unido e China Duração: 160 min Direção: Quentin Tarantino Roteiro: Quentin Tarantino Elenco: Margot Robbie, Brad Pitt, Leonardo DiCaprio”.</p>	<p>“Sinopse e detalhes: Não recomendados para menores de 16 anos Em Era uma Vez em... Hollywood temos uma Los Angeles em 1969. Rick Dalton (Leonardo DiCaprio) é um ator de TV que, juntamente com seu dublê, está decidido a fazer o nome em Hollywood. Para tanto, ele conhece muitas pessoas influentes na indústria cinematográfica, o que os acaba levando aos assassinatos realizados por Charles Manson na época, entre eles o da atriz Sharon Tate (Margot Robbie), que na época estava grávida do diretor Roman Polanski (Rafal Zawierucha)”.</p>
<p>Crônica de Marcelo Janot: “Se o acaso pode ser cruel, ele não impede que a arte triunfe à sua maneira, ou melhor, à maneira de Tarantino, algo que é reforçado pelo final”.</p>	<p>Crônica de Natália Bridi: “Na sua fábula, Tarantino continua a usar cinema para fazer cinema, mas pela primeira vez conversa sobre a sua percepção da arte e propõe um diálogo com quem o assiste”.</p>	<p>Crônica de Bruno Carmelo: “Depois de oito longas-metragens, Quentin Tarantino possui plena consciência da fama que construiu para si, e sabe exatamente o que os fãs esperam dele. O diretor tem contribuído a alimentar a imagem de ícone do cinema B, grande conhecedor de terror, ação, policial e exploitation”.</p>
<p>Nota:</p> 	<p>Nota: Ótimo (quatro bolinhas de cinco possíveis)</p>	<p>Nota: 3,0 (três estrelas de cinco possíveis) Legal</p>

⁶⁴ Dados disponíveis em: <https://oglobo.globo.com/rioshow/era-uma-vez-em-hollywood-leia-critica-de-marcelo-janot-23869471>. Acesso em: 21 set. 2020.

⁶⁵ Dados disponíveis em: <https://www.omelete.com.br/filmes/criticas/era-uma-vez-em-hollywood>. Acesso em: 21 set. 2020.

⁶⁶ Dados disponíveis em: <http://www.adorocinema.com/filmes/filme-257482>. Acesso em: 21 set. 2020.

4.3.8 Imagine-se que um intermediário visasse lucrar com a tentativa de sublicenciamentos do teor audiovisual *Era uma vez em... Hollywood* e, para tanto, fizesse um prospecto em que as notas de *O Globo*, *Omelete* e *Adoro Cinema* fossem indicadas, com citação de fonte, porém sem prévia autorização dos originadores das notas ou o partilhamento do capital percebido pelo intermediário. Tal como na solução proposta quanto ao exemplo do escalte/apuração das notas dos jogos de futebol, não se diminui o talento da pena crítica dos *julegadores*, mas apenas se observa ser possível segregar conteúdos nos quais há espaço para *originalidade e novidade* (em tese – como a crítica; há apenas descrições fáticas sobre dados objetivos (sinopse)); e há simples graus. Levando a ferro e fogo as propostas interpretativas da YYY, o arguido direito de autor (inexistente no caso das notas de crédito) poderia prevalecer sobre a liberdade de expressão sobre elementos puramente informativos.

4.4 *A natureza de uma criação predetermina a extensão de tutela de seu conteúdo.*

4.4.1 Partindo-se da premissa de que uma *universalidade* de palavras, algarismos e graus compõe algo que, de fato, possa ser protegido por direito de autor (criações de natureza plástica/estética), é importante discernir os tipos de obra que são vertidas de (a) *ampla liberdade*, daquelas em que a tutela incide, porém, a *autonomia de forma* é (b) deveras restrita.

4.4.2 *Mutatis mutandi*, com base nos exemplos *supra* (subcapítulo 4.3), (a) eventual crítica de cinema sobre uma obra como *Harry Potter* cuida de uma produção autoral que independe da autoria da originadora do roteiro original que gerou o filme. Trata-se de um bem imaterial formulado com gigantesca *originalidade* e sem formatos predeterminados – tanto da cronista que julga o filme pronto, quanto da autora da obra ou de quem lhe fez a adaptação. Tal é completamente diferente, por exemplo, de (b) críticas sobre o desempenho de escolas de samba do Grupo Especial que desfilarão pela Sapucaí no Rio de Janeiro. Na hipótese (b), os critérios de avaliação (procedimentos e formatação de atribuição) são fixos, a análise é feita por uma série de grandes carnavalescos, maestros, dançarinos, intérpretes, que podem ter dedicado (esforço e investimentos) a vida inteira ao mundo do samba. Entretanto, o produto final publicizado (“Unidos da Tijuca – Julgador Cacilda Borges Barbosa – DEZ!”) pode ser livremente reproduzido, e até gerar representativos lucros aos veículos de imprensa que não foram licenciados para a cobertura do carnaval.

4.4.3 Tal disparidade entre obras *puramente* criativas (erigidas sobre ficção ou romance – a exemplo de *Independence Day* ou *o Paciente Inglês*) de obras *delimitadamente* criativas (ex.: um livro de História sobre a Guerra de Canudos) já foi

objeto de apreciação pelo Excelso Pretório no ocase década de 70 do século XX.⁶⁷ O busílis ali tratado cuidava de uma pretensão de interdito proibitório por parte de dois professores (Dr. Miniti e Dr. Butugan) da Faculdade de Medicina da USP, contra a famosa companhia farmacêutica Cyanamid Química do Brasil. Em síntese os docentes haviam elaborado um trabalho científico intitulado *Estudo comparativo das concentrações de doxiciclina e eritromicina nas amígdalas palatinas*, que acabou por ser publicado na revista do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina a qual pertenciam. Fato foi que a indústria farmacêutica *citou* o trabalho científico (e os resultados dele) de autoria dos demandantes em *bulas* de seu produto farmacêutico, certamente lucrou fortunas de dinheiros, mas nenhum consentimento, autorização ou partilha econômica realizou com os autores do artigo científico.

4.4.4 O Supremo Tribunal Federal não acolheu os pedidos dos autores destacando um fundamento simples, óbvio e extremamente importante:

Nos trabalhos científicos o direito autoral protege a forma de expressão, e não as conclusões científicas ou seus ensinamentos, que pertencem a todos, no interesse do bem comum. Tal conclusão tem, a meu ver, plena aplicação ao direito brasileiro. Em consequência, tenho por legítima a referência feita, na bula, ao trabalho científico dos autores, independentemente de remuneração.

Se a universalidade (relatório opinativo + notas de crédito) originada pela *YYY* fosse⁶⁸ de fato protegida por direito de autor (o que já demonstrei não ser o caso), é indubitável que não se cuida de obra *ficcional*, mas sim de labuta realizada sobre dados fáticos e reais. Partindo-se de tal premissa, não há dúvida de que a *XXX*, tal como legitimamente a Cyanamid fez, está citando o resultado (notas de crédito) de trabalho alheio, no curso de uma atividade lucrativa, sem a autorização, consentimento, ou o pagamento de realezas à *YYY*. O cerne da questão, para além da inapropriabilidade privada de notas *per se*, cuida do fato de que as *conclusões* ou *graus* extraídos de tais relatórios não gozam de *forma expressiva* a ser protegida, já que estariam equiparados a um “labor científico”. O Pretório Excelso tem razão ao afirmar que as informações concludentes *por si só* contemplam contribuição⁶⁹ em prol de toda a sociedade inserta no ambiente do qual

⁶⁷ STF, 2ª Turma. REEx nº 88.705-9/RJ. Min. Cordeiro Guerra. *DJ*, 16 maio 1980.

⁶⁸ Repita-se: como não foi anexado ao feito qualquer relatório opinativo, não sendo estes pertinentes ao pedido declaratório ou à reconvenção condenatória, não há como asseverar se há teor ali pertinente que preencha os elementos, requisitos e fatores da tutela de que trata a Lei nº 9.610/98.

⁶⁹ “Entre o sigilo e a informação, um ordenamento voltado a realizar um «Estado de cultura» deve optar pela informação e pela sua livre circulação: de modo que o sigilo se justifica somente com base em razões específicas, as quais, às vezes, condicionam a concretização dos valores jurídicos fundamentais,

ocorreu a publicação dos resultados. Não há que se falar em “propriedade” sobre informações e dados *publicizados*, sejam eles escaltes de futebol, pitacos sobre notas de escola de samba, ou graus “AAA”, “BBB” ou “CCC” de investimento de uma sociedade empresária. Note-se que se a Constituição de 1969 foi de fato superada pela Constituição democrática de 1988, o STF tem sido firme na posição preferencial de que a liberdade de expressão – inclusive aquela que visa ao lucro e sem qualquer pagamento de *royalties* ou necessidade de autorização ao emissor – denota face a valores da personalidade⁷⁰ ou a quaisquer outros interesses.⁷¹

4.4.5 A “cobrança de *pedágios* sobre estradas públicas” ou mesmo a tentativa de criar mercados secundários sobre informações de conhecimento público pode até ser boa ao baronato,⁷² mas tão somente a ele, já que atrapalha o livre fluxo – seja de pessoas ou de informações – daquilo que deveria circular.

4.5 *Originalidade e scores de crédito.*

4.5.1 Acaso (a) notas, números, letras, ou desenhos sobre bonequinhos dormindo, sentados, aplaudindo em pé ou sentados fossem iteres intelectuais de natureza estética; na hipótese (b) de a legislação nacional não ter – por política pública de evitar monopólios sobre bens públicos de uso comum – impedido a incidência dos direitos de autor para (i) o aproveitamento comercial das ideias ou dos resultados de labor alheio,⁷³ (ii) excluir de tutela dados fáticos ou resultados

ainda mais do que a informação o faria” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 967).

⁷⁰ STF, Pleno. ADPF nº 4.815/DF. Min. Carmem Lúcia (biografias). Em voto vista o Min. Barroso reforça a posição preferencial da liberdade de expressão: “Afirmar que a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial não significa uma hierarquização dos direitos fundamentais. Mas significa que a sua superação transfere o ônus argumentativo para o outro lado”.

⁷¹ STF, Pleno. ADI nº 4.451. Min. Ayres de Brito: “Liberdades, enfim, que bem podem ser classificadas como sobredireitos, sendo que a última delas (acesso à informação) ainda mantém com a cidadania o mais vistoso traço de pertinência, conforme, aliás, candente sustentação oral do jurista e deputado Miro Teixeira quando do julgamento plenário da ADPF 130”.

⁷² “During the Middle Ages, the Rhine River was a great European trade route protected by the Holy Roman Emperor. Merchant ships paid a modest toll to safeguard their transit. But after the empire weakened during the thirteenth century, freelance German barons built castles on the Rhine and began collecting their own illegal tolls. The growing gauntlet of “robber baron” tollbooths made shipping impracticable. The river continued to flow, but boatmen would no longer bother making the journey. Today, the hundreds of ruined castles are lovely tourist destinations [...]. They are bunched so closely together that you can easily bicycle from one to the next. But for hundreds of years, everyone suffered—even the barons. The European economic pie shrank. Wealth disappeared. Too many tolls meant too little trade” (HELLER, Michael A. *The gridlock economy: how too much ownership wrecks markets, stops innovation, and costs lives*. Nova York: Basic Books, 2008. p. 3).

⁷³ Em interessante feito (no qual se discutiu suposto direito de autor e concorrência desleal) no qual duas sociedades empresárias que gravitacionavam o mercado de seguros se digladiavam sobre a utência não remunerada de iter intelectual alheio, o STJ bem dirimiu: “Conclui-se, assim, que não há proteção autoral ao contrato por mais inovador e original que seja; no máximo, ao texto das cláusulas contido em determinada avença (isto é, à expressão das ideias, sua forma literária ou artística), nunca aos conceitos, dispositivos, dados ou materiais em si mesmos (que são o conteúdo científico ou técnico do Direito). Ao contrário, admitir que a Lei de Direitos Autorais ponha métodos, estilos e técnicas (contratuais

de labores permeados por cientificidade, ou (iii) ter editado um rol exemplificativo de limitações aos direitos autorais; (c) a citação de trechos específicos de uma *universalidade criativa* alheia fosse vedada; na hipótese (d) de o sistema normativo brasileiro dar a mesma extensão de tutela para labores ficcionais-romancizados e de labores erigidos sobre fatos; acaso (e) trabalhos científicos pudessem proteger, em tese, os resultados nele expressos independentemente da *forma* utilizada; e se (f) o direito da propriedade intelectual fosse fincado, basicamente, a proteger *esforço e investimentos*, mas não fosse adverso a alguma necessidade demonstrativa do “candidato” ao título de exclusividade a provar algum mérito qualitativo interno; então, (g) o bem supostamente tutelado contra a reprodução não autorizada de terceiros ainda precisaria, *intrinsecamente*, gozar de algum *contributo mínimo*.

4.5.2 Sendo a novidade um critério objetivo e simples, porém extremamente brando para ser superado, não é o uso – com pretensões de exclusividade – das antiquíssimas quatro primeiras *letras* do alfabeto, ou de uma cumulação dúplice ou tríplice da mesma *letra*, que se encontraria obstado pela demanda de que trata o art. 7^º, da Lei nº 9.610/98. A novidade poderia ser satisfeita por uma atualização periódica das notas de crédito, para cada instituição avaliada. Logo, se uma instituição financeira nacional avaliada pela YYY nos anos de 2010, 2011 e 2012

ou não) dentre os bens passíveis de proteção tolheria não só a criatividade e a livre iniciativa, mas também o avanço das relações comerciais e da ciência jurídica, a qual ficaria estagnada com o direito de exclusividade de certos tipos contratuais. No caso dos autos, como aduzido pela recorrente, a seguradora não fez uso indevido dos textos do clausulado relativo ao seguro RC TRANS AMBIENTAL, mas apenas comercializou com outra corretora produto similar, a saber, novo seguro aprovado pela SUSEP de responsabilidade civil com cobertura para danos ambientais em transporte de cargas. Como explanado, é possível o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras sem ocorrer infração à legislação autoral, sendo livre o uso, por terceiros, de ideias, métodos operacionais, temas, projetos, esquemas e planos de negócio, ainda que postos em prática, para compor novo produto individualizado, não podendo ser exceção a exploração de determinado nicho no mercado securitário, que ficaria refém da recorrente com seu pretendido monopólio. Em outras palavras, é possível a coexistência de contratos de seguro com a mesma temática comercializados por corretoras e seguradoras distintas sem haver violação do direito de autor [...]. A recorrente é uma corretora de seguros, ao passo que a recorrida é uma entidade seguradora. Como atuam em ramos econômicos distintos, não há falar em concorrência entre elas, devendo ser repelida, de plano, qualquer alegação de competição desonesta. Ademais, apesar de a autora ter identificado novo nicho de mercado, qual seja, o de seguro específico para danos ambientais em transporte de carga, não poderia comercializar a apólice, pois tal atividade é exclusiva de seguradoras. Assim, foi necessário o trabalho conjunto com a demandada, de modo que cada uma contribuiu com seu know-how e expertise para desenvolver o produto, que foi vendido a alguns clientes. Em vista disso, verifica-se que não existiu nenhuma usurpação de know-how com o término da parceria entre as partes, haja vista a falta de confidencialidade da atividade, sobretudo porque as informações técnicas que se pretende indenizar concernem ao mister de uma seguradora e não de uma corretora. Com efeito, inexistiu segredo a ser protegido, apenas desdobramento do serviço típico de corretagem, cumprindo asseverar que o mero exercício ativo de corretor em mercados pouco explorados redundava em aviamento, dada a habilidade empresarial envolvida, sem configurar necessariamente um bem incorpóreo que se agregue ao estabelecimento” (STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.627.606. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ, 5 maio 2017).

manteve a exata mesma nota (e.g.: “AAA” estável), não é a repetição do grau que obstaria o preenchimento do requisito da novidade, já que o *resultado* pode ser reiterado tendo-se modificado o contexto avaliativo.

4.5.3 Entretanto, não se podendo combinar a restritíssima extensão daquelas mesmas quatro letras para formar palavras, veja-se que as possibilidades combinatórias tendem a ser quantitativamente irrelevantes. Conforme as explicações realizadas pela YYY em suas peças processuais, a agência de riscos possui um procedimento rigidíssimo em termos dos critérios utilizados para seus *relatórios opinativos* (que não fazem parte da lide), bem como para a *acreditação* das sociedades empresárias avaliadas mediante a externalização de uma escala fixa de notas (“A” a “D”). Tal significa dizer que, mesmo que um profissional da YYY tivesse uma hipotética implicância ou profunda empatia com uma sociedade empresária que ele estivesse a avaliar em virtude de seu mister, nada disso refletiria em seu labor já que pelo Código de Ética da sociedade litigante ele precisa ser *imparcial* bem como não pode fazer uso de critérios/escalas distintos dos *padronizados*.

4.5.4 *Mutatis mutandi*, imagine-se que alguém entrega a um super *chef patissier* (i) 2 ovos, 400mg de açúcar refinado, um *fuet*, um pacote de gelatina incolor Royal, e o direito de usar uma geladeira por 30 minutos; (ii) outorga a tal mestre-coza uma receita de implementação na qual a *subsunção integral* da ordem dos fatores, da utência completa dos ingredientes entregues e do tempo de resfriamento seja predeterminada e com um prazo de entrega fixado; e (iii) haja o comando de que se produza o doce maria-mole. Pela rigidez dos comandos, pela escassez da variedade de ingredientes, pela predeterminação do produto encomendado, não há margem de manobra para a *criatividade*. O melhor *chef* do mundo tende a produzir algo idêntico ao *chef* mediano nas condições normais de temperatura e pressão. É o que costuma ocorrer em um sistema de franquia: o sujeito come o hambúrguer com batatas fritas na Lanchonete “NecDouglas” de Ipanema, ou no estabelecimento congênere de Porto Alegre, e sentirá o exato mesmo sabor. Por não haver variação ou criatividade do sujeito que trabalha na “linha de montagem”, o público consumidor pode reiterar sua experiência em qualquer lugar do mundo sem qualquer surpresa.

4.5.5 O caso concreto – quanto às notas de crédito – exorta uma moldura hermenêutica tão diminuta, diante de escalas tão singelas e padronizadas (“A” a “D” – matéria incontroversa quanto à YYY e suas concorrentes no mercado de análise de risco) no setor, que simplesmente a *originalidade* se faz impossível. Não há discricionariedade, autonomia existencial, liberdade para que um sujeito de direito com regras tão cogentes e inflexíveis possa ser *criativo*; afinal de contas, foi através da vinculação cega à padronização e aos fatos/dados empresariais

das sociedades submetidas ao seu escrutínio avaliativo que a *YYY* conquistou seu renome internacional. Destarte, se uma nota de crédito pudesse consistir, em tese, em obra de arte, pela magra escala empenhada e pela discricionariedade tendente à zero, o teor controverso destes autos, originado pela *YYY* e reproduzido pela *XXX*, simplesmente é despido de *originalidade*.⁷⁴ Em outras palavras, se a universalidade do labor da *YYY* (relatórios + nota de crédito) tiver algo de original, tal não é encontrado no excerto citado pela *XXX* pertinente à *fattispecie* litigada. A originalidade no caso dos autos não está em crise;⁷⁵ em verdade ela poderia representar a crise de confiabilidade em um sistema no qual a demandante conquistou sua reputação internacional.

4.6 *O arguido aproveitamento parasitário da XXX.*

4.6.1 A linha argumentativa da *YYY* pode ser resumida da seguinte maneira: (a) a *XXX* viola direito de autor pela citação de notas de crédito; (b) se não houver que se falar em violação de direito autoral pela *XXX*, então, a última prática concorrência desleal; e (c) se não houver violação de direitos de exclusividade nem for constatado abuso da liberdade de competição, então, a *XXX* estaria praticando o parasitismo sem concorrência (uma espécie de “primo distante” do dispositivo do Código Civil que, regulando relações paritárias não profissionais cuida da vedação ao enriquecimento sem causa – art. 884 do CC/2002).

4.6.2 Sem qualquer demérito a estratégias de direito adjetivo, verifica-se que há defesa/reconvenção particularmente erigidas sobre a lógica da *dupla subsidiariedade*. Pelas razões já opinadas, notas de crédito não podem ser tuteladas pelo direito autoral por (1) não terem a natureza de criação estética; (2) que nem todo esforço ou investimentos *resultam* em bem intelectual protegível, já que há legítimas políticas públicas que excluem a tutela de uma série de criações em prol da liberdade de informação, pulverização cultural e tutela da autonomia do que é de mais fundamental: as letras, algarismos e números; (3) que o direito de citação pode ser exercido até sobre bens tutelados sobre direito autoral, sem o consentimento, gosto ou aceite do titular; (4) que cuidam de alicerce informacional oriundo de um labor sobre fatos e não de ficção, sendo objeto de livre circulação conforme era o entendimento do Excelso Pretório (Drs. Miniti e Butugan v. Cyanamid) já sob a égide da pouco democrática Constituição de 1969; (5) que o aproveitamento comercial ou industrial de dados públicos em prol de uma atividade distinta é

⁷⁴ *Mutatis mutandis*: “la originalidade de una obra determinará el ámbito de protección del autor, pues solamente respecto de utilizaciones ilegítimas de los elementos ‘originales’ que incluyera su obra, podrá solicitar el autor la protección que le otorga su derecho exclusivo” (SAIZ GARCIA, Cocepción. *Objeto y sujeto de derecho de autor*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 106).

⁷⁵ Sobre o tema permita-se a remissão ao nosso texto: “Originalidade em crise” (*Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018).

albergado pela legalidade constitucional e (6) não há como ser original pela vinculação restritiva a uma série de procedimentos e quando as respostas precisam ser “A”, “B”, “C” ou “D”. Ainda, (6) não há o preenchimento da integralidade dos *requisitos* e inexistem os *fatores concretos* para que XXX e YYY possam ser consideradas concorrentes reais ou potenciais; e (7) a conduta da XXX de fazer a correta referência às notas de crédito da YYY, bem como da Fitch e de outras terceiras no ambiente das agências de risco, cuida de *padrão regular* no mercado das corretoras mobiliárias, de modo que a deslealdade ficou afastada.

4.6.3 A tese “reserva da reserva”, contudo, precisa ser delineada como excepcionalíssima em uma ordenação constitucional pautada na livre iniciativa (art. 1º, IV da CRFB). Explica-se: enquanto argumentos típicos a direitos de exclusividade e de deslealdade competitiva cuidam de *suaves* ponderações ou conformações à livre concorrência (art. 170 da CRFB), a tese da vedação ao aproveitamento parasitário, *longe* de questões competitivas, afeta a *empresarialidade* em si. Ou seja, o capitalismo funciona de maneira azeitada com *interdições* temporárias, territorialmente delimitadas e contextualmente legitimadas ao ambiente competitivo (seja por exclusividades, cláusulas de sigilo, cláusulas de não concorrência). Contudo, não há autonomia privada, desdémio ou liberdade para se tentar reprimir atividades congêneres que possam ter sido inspiradas na criação alheia.

4.6.4 Não há função social em se atravancar a atividade empresarial alheia longe de qualquer dano injusto que uma concorrência (desleal ou interdita) poderia gerar. Cumpre função social quem empreende, mesmo com *know-how*, informações, técnicas advindas de terceiros, fora do seu eixo competitivo; mas tal não é observado se o ente originador visa apenas *cercear* a autonomia negocial alheia. Por tal razão, em que pese o conhecido anteprojeto⁷⁶ de Lei do Novo Código Comercial, elaborado pelo colega de cátedra dos pareceristas d’Hanens, Labrunie e Gusmão, não há a incidência como arquétipo maior no Brasil de quaisquer cerceamentos às liberdades de iniciativa fora do eixo competitivo. Em outras palavras, anteprojeto e projetos de lei não são vinculantes, não gozam de cogência e tampouco alteram realidades jurídicas. Deste modo, as premissas implícitas e

⁷⁶ A minuta do Prof. Dr. Fábio Ulhôa Coelho foi transformada em projeto de lei do Senado de autoria do Senador Renan Calheiros: “Art. 153. Concorrência ou conduta parasitária é o aproveitamento, sem a devida autorização, do potencial de resultados econômicos de marca, nome empresarial ou outros sinais distintivos alheios, de apelo publicitário notoriamente associado a outra empresa ou, por qualquer meio, de investimentos realizados por outrem na exploração de sua atividade econômica. Art. 154. São exemplos de parasitismo: I - a equiparação do produto ou serviço ao de outro empresário, concorrente ou não, feita com o propósito de difundir informação, insuscetível de comprovação objetiva, sobre as qualidades dos que oferece ao mercado; e II - a utilização de qualquer elemento de estabelecimento empresarial de outro empresário, concorrente ou não, especialmente os intangíveis, que possibilite a vantagem indevida de não ter que realizar determinado investimento na própria empresa”.

explícitas da tese sub-subsidiária do aproveitamento parasitário colidem com o sistema normativo vigente no Brasil.

4.6.5 A única regra jurídica vigente no Brasil que precata eventual reprodução, inspiração ou utilização de bens intelectuais alheios fora do escopo da especialidade ou da concorrência trata da proteção às marcas de alto renome (art. 125, da Lei nº 9.279/96). Por tal excepcionalíssimo preceito do Código da Propriedade Industrial de 1996, o titular de uma marca de alto renome pode precatar terceiros – mesmo fora das especialidades em que atua – de fazer uso de seu bem intelectual. Trata-se, como exceção que é, de uma conquista difícilíssima de ser alcançada e que só é constituída mediante a inclusão do signo na lista taxativa do INPI.⁷⁷ Contudo, a parte *YYY* não consta na lista dos titulares de marcas de alto renome no Brasil, tampouco é a *XXX* acusada de violar a sua marca. Todas as citações feitas à *YYY* no sítio virtual da *XXX* (ao menos aquelas objeto desta lide) foram feitas à título de *citação ao originador* das notas de crédito, ou seja, não se fez *uso como marca do signo alheio*. Por sinal, todas as vezes que o STJ enfrentou a questão (ao menos sob o conhecimento deste autor),⁷⁸ a solução que firmou o precedente gerou resultados em prestígio à liberdade de iniciativa, à liberdade de cópia⁷⁹ e à liberdade da informação – bem como afastou a alegada ocorrência de enriquecimento sem causa.⁸⁰ Ou seja, afora casos de reprodução de marcas

⁷⁷ Lista disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/assuntos/marcas/arquivos/inpi-marcas_marcas-de-alto-renome-em-vigencia_18-02-2020_padrao-1.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

⁷⁸ Foram excluídos os casos em que, apesar de a expressão *aproveitamento parasitário* ser mencionada nos votos, tratava-se (a) em verdade, de feitos em que o suposto parasitismo era em verdade concorrencial (STJ, 4ª Turma. REsp nº 119.0341. Min. Luis Felipe Salomão. *DJ*, 28 fev. 2014 – ambiente concorrencial de lojas de vendas de roupas e diversos outros utensílios; STJ, 4ª Turma. REsp nº 123.7752. Min. Marco Aurélio Buzzi. *DJ*, 27 maio 2015 – ambiente concorrencial de veículos automotores; STJ, 4ª Turma. REsp nº 1.306.335. Min. Luis Felipe Salomão. *DJ*, 16 maio 2017 – ambiente concorrencial de transportadora e de locadora de veículos; STJ, 4ª Turma. EREsp nº 168.843. Min. Luis Felipe Salomão. *DJ*, 23 out. 2018 – ambiente de telefones celulares e eletroeletrônicos; STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.804.035. Min. Fátima Nancy Andrighi. *DJ*, 28 jun. 2019 – ambiente competitivo no setor de intermediação de passagens aéreas e hospedagem; STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.799.164. Min. Fátima Nancy Andrighi. *DJ*, 1º ago. 2018 – estabelecimentos para gênero alimentício e lanchonete; e STJ, 4ª Turma. REsp nº 1.336.164. Min. Luis Felipe Salomão. *DJ*, 19 dez. 2019 – produtos de limpeza), ou (b) quando não se adentrou ao mérito recursal, negando-se conhecimento ao recurso (STJ, 3ª Turma. AgRg no REsp nº 1.163.909. Min. Massami Uyeda. *DJ*, 15 out. 2012).

⁷⁹ “No caso dos autos, o uso das duas marcas não é capaz de gerar confusão aos consumidores, assim considerando o homem médio, mormente em razão da clara distinção entre as atividades realizadas por cada uma delas. Não há risco, de fato, de que o consumidor possa ser levado a pensar que a danceteria seria de propriedade (ou franqueada) da MOET CHÂNDON francesa, proprietária do famoso champanhe. 4. Não se tratando a recorrente de marca de alto renome, mas de marca notoriamente conhecida e, portanto, protegida apenas no seu mesmo ramo de atividade, não há como alterar as conclusões constantes do acórdão recorrido” (STJ, 4ª Turma. REsp nº 1.209.919/SC. Min. Lázaro Guimarães. *DJ*, 19 mar. 2018).

⁸⁰ “Diante dessa dificuldade, passou-se a falar em aproveitamento parasitário, tendo por base a noção de enriquecimento sem causa, prevista no art. 884 do CC/02, que impõe o dever de restituir aquilo que foi ‘indevidamente auferido’, sem qualquer vinculação com a existência de danos emergentes ou lucros cessantes. Nesse contexto, a caracterização do aproveitamento parasitário pressupõe, necessariamente,

de alto renome⁸¹ fora da especialidade de atuação do titular, o STJ rechaça teses como a apresentada pela YYY no presente feito. Ademais, nem mesmo a tese de vedação ao enriquecimento sem causa se aplica ao caso em tela, seja pelo fato de que se trata de uma lide interempresarial (e não propriamente um vínculo de direito civil), no qual há pretensões possíveis sobre reparação civil; ou seja pelo fato de que há causa legítima e lícita para o direito de citação realizado pela XXX: promover acesso informacional, com a devida atribuição do originador, de informação relevante ao mercado dos investidores do ambiente bursátil. Trata-se de um encontro em que os direitos dos consumidores – diretos ou por equiparação – são respeitados pela liberdade de expressão e pela circulação de uma cultura de investimentos bem informados. A causa legítima de enriquecimento (seja da XXX ou do consumidor) é a pluralidade de fontes da mesma informação que, como dado fático, não recebe tutela autônoma por direito autoral.

4.6.6 Destarte, sendo a conduta da XXX realizada fora do eixo competitivo; não havendo que se falar em direito de autor sobre notas de crédito; estando afastada qualquer conduta clandestina que justificasse o vocábulo da *deslealdade*; e não havendo base legal ou principiológica para se interditar sua liberdade de expressão (que está, segundo o STF, em posição preferencial perante outros valores condignos de tutela) e de iniciativa fora do eixo de atuação da YYY, é inaplicável ao feito a tese sobre aproveitamento parasitário.

5 Notas de conclusão

5.1 Os direitos de propriedade intelectual são instrumentais ao regime capitalista de mercado, servindo-os como ferramentas de estímulo ao desenvolvimento tecnológico, econômico e social do país (art. 5º, XXIX da CRFB). No entanto, por impactarem a livre concorrência e até a livre iniciativa, recebem uma hermenêutica *restritiva*⁸² para evitar o abuso do poder econômico, além do desvio de finalidade

a violação da marca. [...] Tanto é assim que, entre os requisitos para registro de uma marca, está a sua novidade relativa (e não absoluta), adjetivação que restringe a noção de novidade à marca que não esteja no domínio comum ou que não tenha sido previamente apropriada por terceiro dentro dos limites de sua especialidade [...] a caracterização do aproveitamento parasitário também fica adstrita ao princípio da especialidade, de modo que só haverá violação se ambas as partes atuarem no mesmo segmento de mercado, ou se a marca for de alto renome” (STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.232.658. Min. Fátima Nancy Andrighi. *DJ*, 25 out. 2012).

⁸¹ STJ, 4ª Turma. Min. Luis Felipe Salomão. REsp nº 1.466.212. *DJ*, 3 mar. 2017 e STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.673.450. Min. Fátima Nancy Andrighi. *DJ*, 26 set. 2017.

⁸² “A disciplina jurídica da proteção à propriedade intelectual não pode ser vista de forma apartada desse quadro. Exatamente porque constituem ‘garantia de monopólios’, restringindo a livre-iniciativa, os direitos de propriedade industrial devem ser encarados como exceção. A interpretação que a eles se dá será

de sua causa de tutela. A proteção aos originadores de novas criações, por tanto, é na medida exata e necessária para manter as sanções positivas, e atravancar as condutas oportunistas (seja do proprietário ou do não proprietário) que podem gerar danos injustos. Cotejando-se a matéria *incontroversa*, pode-se extrair algumas balizas interpretativas que servem como os lados da moldura hermenêutica do caso, quais sejam:

- (a) a YYY faz uso de informações públicas como insumo de suas análises, de modo que o direito da reconvinde de restringir a liberdade alheia (XXX) jamais pode representar um entrave à reprodução daquilo que é fato *per se* e já está publicizado;
- (b) a YYY fez pretérita divulgação em seu próprio sítio virtual de todas as notas de créditos citadas pela XXX em seu próprio *site*, de modo que eventual tutela dos *ratings* por segredo de negócio se tornou impossível;
- (c) quando uma criação intelectual qualquer é revelada publicamente, ainda que sua titularidade não fique, automaticamente, descartada, é certo que o *controle informacional* sobre tal bem é diminuído perante a hipótese da restrição informacional completa (ao exemplo do segredo). Ou seja, não houve pela XXX divulgação de bem da YYY que antes já não fosse plenamente externalizado no mundo virtual; e
- (d) tendo em vista que nem a YYY negou a correta indicação da origem das notas de crédito citadas pela XXX, não há que se falar em *usurpação* da fonte informacional, bem como é digno de nota que os atos da XXX são impassíveis de serem vistos como *clandestinos*, *camuflados* ou *escamoteados*.

5.2 Na análise do feito e suas mais de mil laudas, propus algumas soluções para tópicos que restaram obscurecidos pelo desencontro de opiniões das partes, quais foram:

- (a) não existe concorrência real ou potencial entre a XXX e a YYY, seja pelo fato de que ambas têm como funtor predominante de sua empresarialidade *objetos* completamente díspares, ou seja pelo fato de que os preços e formas de arrecadação por si praticadas, ou pelo modelo de negócio implementado, faz com que sua clientela simplesmente não coincida;
- (b) não foi impugnado o argumento da XXX de que outras corretoras de valores no Brasil fazem o mesmo uso de notas de crédito da YYY e das concorrentes da última, como comportamento normal, esperado, previsível e calculado do mercado. Destarte, mesmo no mercado relevante

restritiva e não *extensiva*. E mais: *o direito da propriedade intelectual (e as exclusividades por ele garantidas) deve ser interpretado em consonância com direito concorrencial*" (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 342).

dos fornecedores de serviços de corretagem, não se satisfaz o ônus probatório no sentido de infirmar que a citação das notas de crédito cuida de ato desleal;

- (c) apesar de a *YYY* ter alegado que centenas de sujeitos de direito (inclusive corretoras) pagam pelos seus serviços (incluindo o de notas de crédito), na opinião deste parecerista, não restou provado nos autos qualquer elemento pertinente a tal práxis no mercado brasileiro. No entanto, ainda que alguma corretora de fato remunerasse a *YYY* pela utência das notas de crédito já publicizadas, tal não vincularia a *XXX*, já que é incontroverso que não houve autonomia privada entre as litigantes para tal mister. Sem prejuízo do asseverado, não é nada improvável que a causa negocial de tais terceiros para com a *YYY* possa contemplar *animus* de parcerias mais abrangentes, a minimização de riscos de litigância ou até questões versando sobre assimetria informacional, o que não foi da eleição estratégica da *XXX*; e
- (d) durante a lide os autores das notas de crédito não foram mencionados, tendo apenas a *YYY* se apresentado como titular dos direitos autorais das últimas. Nesta esteira, as peças processuais da *YYY* elencam que não seria dada a produção de notas de crédito por programas de computador. Entretanto, apesar de não restar provada ou refutada a suas alegações neste sentido, a atribuição de notas por máquinas, programas de computador, algoritmos/inteligência artificial é uma realidade, tal como se observa na correção de provas de múltipla escolha em diversos certames de seleção. Ou seja, o humanismo não é essencial para atribuir graus, o que é apenas reforçado pela padronização de metodologias ou de escalas.

5.3 Por fim, o estudo do teor controverso entre os litigantes fez com que este parecerista propusesse as seguintes conclusões:

- (a) “A”, “B”, “C” ou “D”, tal como “1”, “2”, “3” ou “4”, “Excelente”, “Muito Bom”, “Bom” e “Ruim” são escalas avaliativas de densidade informacional, mas não cuidam de teor imaterial de natureza *estética/plástica*. O direito de autor só tutela as criações de natureza estética/plástica, ou aquelas que por ficção jurídica são a elas equiparadas. Tal não é o caso das notas de crédito;
- (b) a tutela da propriedade intelectual não é garantida àqueles que investem ou que se esforçam, já que cuidam de meras obrigações de meio. A única garantia possível é se o interessado comprovar uma obrigação de resultado (originalidade/novidade/atividade inventiva/distintividade) diante de teor que não é circunscrito ou manietado por políticas públicas específicas;

- (c) há políticas públicas que expressamente proíbem qualquer tentativa de apropriação privada/monopólio de letras, algarismos, datas, informações públicas, ou uso/aproveitamento comercial de ideias resultados fáticos de origem alheia (art. 124, II, da Lei nº 9.279/96, art. 13 da CRFB, art. 8º da Lei nº 9.610/98 e incisos). Tratando-se as letras “A” a “D” de letras do alfabeto, bem público de uso comum, são insuscetíveis de, isoladamente, constituírem direito de exclusividade de quem quer que seja;
- (d) uma vez publicada a obra (seja ela tutelada pelo direito autoral ou não), o originador não tem como controlar como a citação – parcial, de pequeno trecho ou até integral a depender do setor – será feita, podendo apenas precaver que haja a usurpação do originador;
- (e) o STF desde 1979 corrobora a tese de que eventual direito de autor não delimita a liberdade de terceiros, inclusive com viés lucrativo, que queiram citar os resultados de pesquisa ou relatório sem o consentimento do originador;
- (f) as teses da YYY neste feito contrastam com a posição preferencial da liberdade de expressão, da liberdade de circulação informacional e da pulverização de origens informativas, tal como foi consagrado pelo STF nas ações de controle concentrado de constitucionalidade sobre as biografias e sobre a lei eleitoral;
- (g) ainda que fosse possível arrogar, ficticiamente, notas de crédito isoladas, como focos de hipotética tutela do direito de autor, não há originalidade possível aos originadores, já que há apenas quatro letras que podem ser usadas na classificação, bem como – tal como afirmado pela YYY em suas manifestações – há procedimentos fixos de preparo das notas de crédito, o que acaba com qualquer liberdade existencial da pessoa física – ou do robô – que prepara os *credit scores*. Inexistindo originalidade, mesmo com esforço, talento e investimentos, o bem intelectual não é de escassez possível uma vez publicado na internet;
- (h) não possuindo amparo legal ou constitucional, a tese do parasitismo concorrencial é, em verdade, anticapitalista e visa interditar a livre iniciativa. Afora a hipótese da marca de alto renome, não há qualquer direito de propriedade ou outro direito subjetivo *stricto sensu* que legitime intervenções à empresarialidade e à assunção de riscos do negócio fora das relações abrasivas da concorrência. Por sinal, tendo em vista que a Constituição da República e os precedentes do STF tomam em conta a posição preferencial da liberdade de expressão, comunicação e de informação sobre outros direitos privados, há causa legítima para o direito de citação realizado pela XXX; e

- (i) tendo em vista os fatos, os documentos, o parecer de d'Hanens, Labrunie e Gusmão, bem como os argumentos versados pela YYY no feito, concluo que o pedido da XXX merece prosperar, de modo que subscrevo as palavras do maior advogado brasileiro de todos os tempos segundo as quais: “Justo era, pois, que tendêssemos para assegurar a liberdade, favorecer as soluções jurídicas, que a resguardam, anular os pactos, que a coartam”.⁸³

Este é o parecer salvo o Juízo dos mais doutos.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Notas de crédito e direito de autor. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 27, p. 181-226, jan./mar. 2021. Parecer.

⁸³ BARBOSA DE OLIVEIRA, Rui Caetano. *As cessões de clientela*. Obras completas de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1913. v. XL. t. I. p. 16.