

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

KAROLINE JARDIM SILVA

DIREITOS AUTORAIS E GASTRONOMIA: um estudo exploratório

Juiz de Fora

2017

KAROLINE JARDIM SILVA

DIREITOS AUTORAIS E GASTRONOMIA: um estudo exploratório

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Público Material sob orientação do Prof.(a) Dr.(a) Marcos Vinício Chein Feres.

Juiz de Fora

2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

KAROLINE JARDIM SILVA

DIREITOS AUTORAIS E GASTRONOMIA: um estudo exploratório

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito. submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Marcos Vinício Chein Feres
Universidade Federal de Minas Gerais

Mestrando Alan Rossi Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Mestrando Romulo Goretti Villa Verde
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 21 de novembro de 2017

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo compreender como a Lei 9.610/98 pode ser aplicada às inovações gastronômicas, a partir do referencial teórico de Zenon Bankowski, ofertado pela obra “Vivendo Plenamente a Lei”. As medidas teórico-metodológicas extraídas da obra são dever e aspiração quando aplicadas a uma legislação específica. Para tanto, utilizar-se-á a aplicação de duas metodologias, quais sejam, coleta de dados por meio do método inferencial descritivo (com vistas a explorar se a gastronomia pode ser considerada uma arte apta a ser protegida pela Lei 9610/98) e do estudo de caso único por meio de amostra qualitativa (com vistas a compreender como a esparsa jurisprudência trata da questão). Por fim, infere-se que novos dados devem ser coletados para se verificar se a gastronomia como arte pode ser albergada pela supramencionada lei.

Palavras-chave: Gastronomia. Inovação. Direitos Autorais. Dever. Aspiração.

ABSTRACT

The present paper aims to understand how the Act 9.610/98 can be applied to gastronomic inventions, based on the theoretical reference of Zenon Bankowski, in his book "Living Lawfully". The methodological measures utilized are duty and aspiration when applied to the specific legislation. Data are collected according to the rules of inference (so as to explore whether gastronomy can be considered an art protected by the Act n. 9610/98) and the single-case study experiment (in order to detect how the precedent deals with the issue). Finally, it may be inferred that new data have to be collected to verify if the Act n. 9610/98 is applicable to gastronomical works of art.

Keywords: Gastronomy. Innovation. Copyright. Duty. Aspiration.

LISTA DE QUADROS

QUADRO – Argumentação: argumentos favoráveis e desfavoráveis	16
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
2. MARCO TEÓRICO.....	8
2. METODOLOGIA.....	9
2.1. A pesquisa empírica, as regras de inferência e amostragem de caso único.....	10
2.2. A coleta de dados dentro do processo inferencial descritivo.....	11
3. ESTUDO ESPECÍFICO DE CASO ÚNICO.....	14
3.1 Resultado da análise dos argumentos.....	16
CONCLUSÃO.....	17
REFERÊNCIAS.....	19

INTRODUÇÃO

A culinária sempre esteve presente no dia-a-dia dos seres humanos, sendo uma atividade corriqueira que faz parte da cultura e identidade de um povo. Com cada vez mais espaço no mercado e relevância social, tem-se como reflexos uma maior visibilidade e valorização dos seus profissionais, os *chefs*, que dominam a arte de cozinhar possuindo técnica, prática e conhecimentos necessários à construção de uma alimentação de qualidade.

Atualmente, com o desenvolvimento dos meios de comunicação e a crescente demanda por esses profissionais, começam a surgir maiores debates sobre o tema. Assim, o presente trabalho busca explorar a relação entre direito e culinária, especialmente no que tange à aplicação da Lei de Direitos Autorais nas criações gastronômicas, e se a aspiração da referida norma atinge sua concretude quando da aplicação pelo judiciário brasileiro.

Inicialmente, visando esclarecer as particularidades de tal ramo cabe diferenciar os conceitos de culinária e gastronomia. A primeira consiste em um conjunto de utensílios, ingredientes, e pratos característicos de uma localidade (país ou região) ou a forma de preparar os alimentos, com práticas e técnicas específicas, conforme define Medeiros (2014, p. 7).

A história da culinária começa com o domínio do fogo. Incêndios acidentais em moradias e florestas, acabaram por serem responsáveis pelas primeiras carnes assadas, que, experimentadas pelos nossos ancestrais, geraram o abandono do consumo da carne crua (MEDRADO, 2016, p.25). Desde então, a culinária evoluiu, recontando-se histórias por meio de pratos e criando momentos de interação social em torno de uma mesa (MEDEIROS, 2014, p. 9). Nesse contexto, da função social das refeições, como momentos de troca, de prazer e socialização à comensalidade, fizeram com que culinária se desenvolvesse. Tem-se, assim, a gastronomia. Esta, por suas vez é considerada a arte que exige conhecimento e técnica de quem a executa com vistas à formação do paladar de quem a aprecia, de sorte que os cinco sentidos são utilizados em sua completude durante o consumo gastronômico.

Medeiros (2014, p. 08) afirma que “a gastronomia existe porque além da necessidade de se alimentar, o homem é um animal estético e, sobretudo, um ser social vivendo em comunidade”. Assim, a gastronomia abrange, não somente a culinária (a atividade de confeccionar ou preparar alimentos), mas também as bebidas e as harmonizações, os materiais usados na alimentação e todos os aspectos culturais a ela associados (MACHADO, 2010, p.8).

Observa-se, diante desses conceitos, que a gastronomia é muito mais complexa do que a culinária.

A partir destas definições iniciais, pretende-se explorar por meio da aplicação dos métodos de inferência descritiva de Epstein e King (2013), e, posteriormente por meio de um estudo de caso único (PIRES, 2008), se a Lei de Direitos Autorais (Lei 9610/98) pode ser aplicável aos casos das inovações culinárias.

Em virtude da valorização ocorrida nos últimos anos, questões como autoria de inovações culinárias e eventuais desdobramentos econômicos desse reconhecimento surgem. Nesse sentido, as discussões em torno do tema chegaram ao ramo do direito, sendo necessário o levantamento de questões acerca da proteção legal das obras intelectuais e artísticas produzidas na atividade culinária à luz da Lei 9.610/98. Logo, cabe indagar, se há um descompasso entre o dever da norma e a aspiração dela. É necessária a discussão acerca da proteção desse tipo de trabalho produzido, buscando-se uma tutela de direito para essa categoria, que atualmente não possui uma legislação própria que garanta o reconhecimento da gastronomia como trabalho intelectual e artístico, de forma a valorizar a criação e a construção de pratos, de modo que, o *chef* deixe de ser um mero reproduzidor de receitas.

Feitas as breves considerações, o trabalho seguir-se-á pela definição do marco teórico estabelecido por Zenon Bankowski (2008), em sua obra “Vivendo Plenamente a Lei”, com o uso das ferramentas do dever e a aspiração quando aplicadas a uma legislação específica. A seguir, por meio da metodologia supra de Epstein e King (2013), de coleta de dados, analisar-se-ão as duas premissas com relação às receitas culinárias, quais sejam, gastronomia como arte e gastronomia como arte apta a ser protegida pelo referido diploma legal. Por fim, por meio da metodologia de Álvaro P. Pires (2008) de estudo de caso único explorar-se-á uma única jurisprudência no sentido de extrair elementos de como a Lei 9610/98 pode ser aplicada ao caso concreto.

2. MARCO TEÓRICO

Como referencial teórico, utilizar-se-á a abordagem sobre dever e aspiração na obra “Vivendo Plenamente a Lei” de Zenon Bankowski, que demonstra a relação entre a moralidade da aspiração e a moralidade do dever. Segundo o autor, a moralidade do dever caracteriza-se por um nivelamento, no qual existe também a moralidade da aspiração. Assim,

o dever, como muitos confundem, não é o cumprimento exclusivo da regra, pois nem sempre será o bastante, devendo ser aplicado o contexto da criação da regra, a aspiração, que norteará a aplicabilidade da regra de acordo com a conjuntura da norma. Nesse sentido, os deveres determinados pela regra podem sofrer mudanças de acordo com a aspiração que delimitou a construção de tal norma, evitando que o intérprete tenha uma conduta estritamente legalista acerca do disposto. Ao interpretar e aplicar uma regra, deve haver um processo no qual a aspiração e o dever se complementam.

Essa distinção entre dever e aspiração possui funções importantes que auxiliará a análise pretendida neste trabalho. Primeiramente, a função de ir além, tentando alcançar uma finalidade, tendo como oposição algo que é firme e certo, o dever. Em segundo lugar, a função de distingui-los demonstra a existência de um padrão mínimo a ser seguido, que se torna insuficiente, dependendo do caso tratado. Por fim, em terceiro lugar há a função de reconhecer que as regras as quais impõem deveres são meios para as aspirações, de modo que, se saiba quando as situações em que não se deve cumprir o dever, pois são dispensáveis ou modificáveis (BANKOWSKI, p. 76, 2008).

Tendo em vista esse entendimento, desenvolve-se a busca para a questão se há descompasso entre o dever e a aspiração na aplicação da Lei 9.610/98 na gastronomia, pelo intérprete da norma.

A lei 9.610/98 não prevê em seu rol de proteção as receitas culinárias, entretanto, qual seria a aspiração da lei de propriedade intelectual, ao conferir proteção às invenções criativas? Qual seria o dever imposto pela referida norma? Ora, a Lei possui a aspiração de proteger as novas criações e os direitos advindos dela, impossibilitando apropriações indevidas por terceiros.

Considerar o instituto da lei de direito autoral como um rol taxativo de proteção à propriedade intelectual, exclui a proteção legal para as receitas culinárias uma vez que a hipótese não é abarcada pela Lei, nesse caso, a aspiração visada pela legislação não seria concretizada na prática.

2. METODOLOGIA

2.1. A pesquisa empírica, as regras de inferência e amostragem de caso único

O presente trabalho, consiste em um estudo empírico, baseado em evidências extraídas do mundo por meio de observações ou da experiência, dados, conforme definem Epstein e King (2013, p. 11). Essas evidências podem ser classificadas como quantitativa ou qualitativa, ambas possuem o mesmo nível dentro do empirismo.

Ocorre que, as evidências extraídas de dados não são suficientes para aferir a qualidade e relevância de uma pesquisa, consoante explicam os autores. Faz-se necessário que o trabalho esteja de acordo com as regras responsáveis por guiar as inferências, que são os fatos que aprendemos a partir dos dados conhecidos, podendo ser descritiva (com a observação e narração do fato que conhecemos para identificar e aprender um outro fato) ou causal (com a análise a fim de saber se um fator ou conjunto de fatores desencadeiam algum resultado) (EPSTEIN; KING, 2013).

Portanto, visando dar maior validade e credibilidade ao estudo aqui desenvolvido, foram utilizadas as regras de inferência articuladas por Epstein e King (2013), para coleta de dados obtidos por meio de um levantamento da literatura sobre o tema.

Posteriormente realizou-se análise da jurisprudência única, acerca da aplicabilidade do dever e da aspiração na lei de direito autoral no que diz respeito à gastronomia. Para tanto, essa parte da pesquisa demandou a realização de escolha metodológica de amostragem, assim, o estudo de caso, baseou-se na obra “Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico” de Álvaro P. Pires (2008), a qual aborda as técnicas de amostragem, desde sua construção até a conclusão de uma pesquisa.

Inicialmente o autor define que há diferenças entre a pesquisa qualitativa e quantitativa no que se refere a amostragem, demonstrando que existem variáveis de acordo com a estrutura adotada, seja de amostragem aberta, seja fechada (Pires, 2008, p. 160). Ressalta ainda como premissa que “a qualidade de uma pesquisa não depende do tipo de amostra, e também não mais da natureza dos dados (quantitativo ou qualitativo) mas sim do fato de ela ser, no conjunto, “bem construída”” (Pires, 2008, p. 156).

Assim sendo, em um segundo momento neste artigo realizar-se-á uma pesquisa qualitativa por meio da amostragem por caso único, dentro de uma estrutura aberta, valendo-se de uma “amostra de acontecimento”, ao tomar como base a decisão selecionada como ponto de fundamentação empírica.

2.2. A coleta de dados dentro do processo inferencial descritivo

Tendo em vista que o tema tratado neste artigo é escasso e pouco conhecido, inicia-se o estudo com uma coleta de dados por meio de um levantamento bibliográfico, visando delimitar e conhecer os aspectos acerca do objeto. Após a coleta de dados, define-se a hipótese deste trabalho - que considerando a relação entre dever e aspiração, construída por Bankowski (2008), pergunta-se se a não proteção da gastronomia pode derivar de um provável descompasso entre a aspiração e o dever nos processos de aplicação da lei de direito autoral – e as regras de inferência descritiva, de Epstein e King (2013).

Para realizar a coleta de dados foram identificados dois pontos principais sobre o assunto, quais sejam, o âmbito de proteção da Lei 9610/98 e a gastronomia como arte. Tendo em vista que a Lei 9610/98, em seu art. 7º confere proteção para “as criações de espírito expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte”, a gastronomia como invenção criativa mereceria ser amparada por essa legislação desde que assim fosse considerada.

Nesse aspecto temos duas premissas: gastronomia como arte, e gastronomia como arte criativa apta a ensejar a proteção da norma de direitos autorais.

O artigo 7º da Lei 9610/98, protege as criações de espírito expressas em qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte. Desta forma, não apenas quando considerada criação artística que poderá as invenções gastronômicas serem protegidas pela Lei de Direitos Autorais, bastando ser consideradas expressão de espírito, (BRASIL, 2016, p.1285):

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

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

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

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

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

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

§ 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

O artigo 7º da Lei de Propriedade Intelectual estabelece um rol exemplificativo, conforme infere-se do próprio texto legal que utiliza a expressão “tais como” para citar os exemplos de hipóteses nas quais se pode considerar que houve invenção intelectual merecedora de proteção, como obras literárias (art.7º, inciso I), pinturas e esculturas (art.7º, inciso VIII) , entre outras.

Diante disso, para discussão se a gastronomia deve ou não ser protegida pela Lei de Direitos Autorais, cabe verificar inicialmente se a mesma pode ser ou não considerada arte. (primeira premissa).

Com relação à classificação da gastronomia como arte foram pesquisados, no dia 25 de setembro de 2017, nos Periódicos da Capes, artigos relacionados ao tema, tendo as seguintes palavras-chaves: “arte” e “culinária”. Cabe salientar que poucos dados foram localizados a respeito do tema dentro do âmbito nacional.

Dentre os artigos produzidos, o mais relevante artigo no âmbito nacional, intitula-se “Estética e Experiência do Gosto: contribuições para o debate sobre paladar, gastronomia e arte” de Nicole Weber Benemann (2015). Benemann (2015, p.03) afirma que “de certa forma, a gastronomia desempenha hoje o papel que o cinema desempenhou em outras épocas, servindo como centro do debate para ajudar a redefinir as fronteiras do que compreendemos como arte”.

Outro autor a tratar o tema, Roberto Carlos Magallón Martínez (2013), no artigo intitulado *Creatividad Gastronómica: “La creatividad es fácil, lo difícil es tener la idea - Ferrán Adriá y otros ejemplos creativos”*, faz uma análise do trabalho do *chef* Ferran Adria,

concluindo que a criatividade culinária como um processo artístico diferencia a maneira de ver a alta gastronomia em comparação com a cozinha do dia-a-dia.

Por fim, Maria Covadonga Torre Marina (2007), em “*Es La Gastronomía un Arte?*” explica que a arte culinária difere de outras artes por ser mais completa, pois na sua apreciação envolve sentidos que para as demais não são necessários. Ademais, segundo Marina (2007) o que elevará a gastronomia, de uma mera satisfação de necessidade a uma obra de arte, serão as técnicas necessárias, os objetivos definidos e os efeitos produzidos, classificando a gastronomia como arte à proporção que ela satisfaz em grande medida todos e cada um desses critérios.

A partir dos autores supracitados percebe-se que todos consideram a gastronomia como uma arte. E, por conseguinte, se bastasse isso, a gastronomia mereceria, em tese, o amparo da Lei 9610/98. Desta forma, passa-se para à análise da aplicação do sistema de propriedade intelectual nas invenções culinárias, para isto foram utilizadas as palavras-chaves “gastronomia” e “direito autoral” nos Periódicos da Capes e no Google Acadêmico, no dia 25 de setembro de 2017, para a busca de artigos relacionados ao tema.

O primeiro texto encontrado é intitulado “*Cooking and copyright: when chefs and restaurateurs should receive copyright protection for recipes and aspects of their professional repertoires*”, do autor Michael Goldman (2013). Esse autor acredita que a Lei de direito autoral protege os autores de receitas, pois o rol de objetos, que são protegidos pela lei, é ilustrativo e não limitativo, de modo a não excluir a tutela do direito autoral das receitas. Compara os criadores de receita a autores e poetas, em que ambos devem receber proteção legal para suas invenções.

A segunda autora a tratar o tema é Meredith G. Lawrence (2011), que publicou o artigo intitulado “*Edible Plagiarism: Reconsidering Recipe Copyright in the Digital Age*”, no qual defende a aplicação da Lei de direito autoral às receitas, argumentando que a criação de receitas é um investimento para profissionais da área. Lawrence (2011) admite que há dificuldades para definir uma receita como original e sugere a aplicação de um licenciamento para organizar as criações culinárias.

Por fim, a terceira e última autora analisada Emily Cunningham (2009), no artigo intitulado “*Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: should the law play a bigger role in the kitchen?*”, afirma não ser possível a proteção legal das receitas e criações culinárias, por meio da Lei de direito autoral, justificando que dificultaria a concorrência entre *chefs* e *restaurateurs*, desencorajando as criações novas e prejudicando a

norma da indústria culinária de compartilhamento. Além disso, a autora afirma que o aumento dessas proteções não elevaria o lucro dos profissionais.

3. ESTUDO ESPECÍFICO DE CASO ÚNICO

Considerando a gastronomia como arte criativa, e, como tal provavelmente abrangida, em princípio, pela lei 9610/98, procura-se explorar a jurisprudência com vistas a verificar se a aplicação da norma aproxima a moralidade da aspiração da moralidade do dever.

Com relação à jurisprudência, observa-se que o assunto ainda foi pouco discutido no judiciário brasileiro devido à escassez de materiais encontrados nas buscas realizadas em sites dos Tribunais Superiores. Ressalte-se que nos Tribunais Regionais da região Sudeste¹, em especial TJSP, TJRJ e TJES, apresentam algumas jurisprudências mais específicas sobre o tema. Embora a maioria ainda trate do tema de forma superficial, abordando, simplesmente, que não poderia haver a aplicabilidade da lei de direito autoral no caso receita, sem maiores análises. O TJES ainda proferiu decisão, que analisou a aplicabilidade da lei de direito autoral a partir da perspectiva do prato como um todo e não somente da receita, ou seja, analisou a atividade gastronômica e não apenas a culinária. Este caso foi o coletado, e, assim, estudado a seguir.

O caso em tela consiste em uma decisão da Primeira Câmara Cível que julgou uma apelação cível interposta por Swell Sucos e Saladas em face de uma sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos da parte autora, Aloha Alimentos LTDA-ME, condenando ao pagamento de indenização a título de danos morais e a retirada de três saladas do cardápio da Ré, impossibilitando sua comercialização.

No recurso, o Apelante declara que o cardápio, objeto de análise da lide, fora elaborado por profissional da área gastronômica e que os pratos discutidos possuem receitas de fácil acesso por meio da internet, pois, trata-se de receitas uniformes, sem qualquer segredo na composição de seus pratos. Além disso, afirma que não se pode falar em violação ao direito autoral, pois não há registro de propriedade intelectual da Apelada. Por fim, ainda nas razões

¹ A região possui a maior concentração populacional do território brasileiro, segundo dados atuais do IBGE, bem como a região possui mais Tribunais de Justiça classificados como de grande porte, conforme informativo do CNJ. Para a classificar por porte os Tribunais de Justiça, foram considerados os seguintes critérios: as despesas totais, os processos que tramitaram no período (baixados + pendentes), o número de magistrados, o número de servidores (efetivos, requisitados, cedidos e comissionados sem vínculo efetivo) e de trabalhadores auxiliares (terceirizados, estagiários, juízes leigos e conciliadores).

do recurso, é sustentado que as empresas que estão litigando não são concorrentes, pois se encontram em localidades distantes. Nesse sentido (TJES, 2017):

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. AUSÊNCIA DE CARÁTER CRIATIVO DAS RECEITAS GASTRONÔMICAS QUESTIONADAS. APLICAÇÃO DE MÉTODO DE ESCOLHA E ORGANIZAÇÃO DE INGREDIENTES COMUNS. 1. A Autora propôs ação ordinária a fim de obter tutela jurídica, alegando violação dos seus direitos autorais, pois a Ré, teria copiado 3 (três) saladas do seu cardápio. 2. A sentença proferida pelo Juízo a quo foi de parcial procedência. 3. A referida pretensão não merece prosperar, pois as saladas controvertidas não podem ser consideradas obras gastronômicas intelectuais, passíveis da tutela dos direitos do autor. 4. Compreende-se que uma obra intelectual gastronômica é assim conceituada por representar a exteriorização da criatividade, captável através dos sentidos. 5. Convém observar que para que prato ou uma receita culinária sejam conceituados como obra gastronômica, devem conseguir exprimir as vontades e subjetividades do seu autor, revelando-se legítimas formas de expressão cultural e humana, assim como é a pintura, fotografia, obra dramática, audiovisual, dentre outras expressões artísticas. 6. As saladas postas em questão representam a união de ingredientes de comuns encontrados em diversos lugares, não sendo produtos de expressão autêntica. 7. Frente à ausência do caráter criativo das receitas questionadas compreende-se que o direito autoral, regulamentado pela Lei nº 9.610/1998, não pode prestar-se a protegê-las, pois não se revelam verdadeiras criações de espírito. 8. Recurso conhecido e provido.

Os argumentos favoráveis à aplicabilidade da Lei de direito autoral foram selecionados a partir do critério de reconhecimento da gastronomia como arte e da aplicabilidade da Lei 9.610/98 ao caso, mesmo que no rol do art. 7º não se disponha expressamente sobre tal aplicabilidade, conforme a própria decisão reconhece (TJES, 2017):

O art. 7º desta legislação infraconstitucional determina que 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 [...]”. Estabelece, ainda, um rol exemplificativo do que seriam as obras intelectuais protegidas por essa lei.

A referida lei não faz menção à criação intelectual gastronômica, revelando-se omissa quanto a este ponto.

Assim sendo, os argumentos foram esquematizados abaixo para que possam ser analisados posteriormente.

Quadro - ARGUMENTAÇÃO: argumentos favoráveis e desfavoráveis.

Argumentos a favor da aplicabilidade da Lei 9.610/98	Argumentos contra a aplicabilidade da Lei 9.610/98
A criação de receitas gastronômicas envolvem o gênio criativo humano (p. 02, linha 19).	As saladas não podem ser consideradas obras gastronômicas, por não envolverem evidente processo de criação (p.07, linha 1)

Cozinhar deixa de ser uma mera repetição de técnicas e receitas, passando a representar a expressão do artista – o cozinheiro (p.03, linha 26)	As saladas representam um método de escolha e organização de ingredientes comuns, não podendo ser consideradas produtos de uma expressão artística autêntica. (p.07, linha 8)
Pratos ou receita culinária podem ser conceituados como obras gastronômicas quando conseguem exprimir as vontades e subjetividades do seu autor, revelando-se formas de expressão cultural e humana. (p.04, linha 2)	Os principais ingredientes das 3 (três) saladas contestadas estão presentes na maioria das receitas de diversas saladas. Portanto, o que se tem é uma simples variação dos demais ingredientes (p.07, linha 10)
As receitas culinárias devem representar um processo de criação, e não somente fórmulas ou métodos de união de ingredientes simplórios, para serem objeto da tutela do direito autoral (p.08, linha 3).	Essa concepção de obra gastronômica não envolve a repetição de receitas ou mesmo inovação de técnicas de montagem, apresentação ou simplesmente a união de ingredientes culinários. (p.04, linha 7).
Falta de disposição legal expressa sobre a aplicabilidade da lei de direito autoral na gastronomia mas é possível sua tutela de direito (p.05, linha 8).	Jurisprudência sobre receitas culinárias publicadas em fascículos de revista especializada (p.07, linha 18)
Obras gastronômicas representam uma evolução das formas de expressão artística (p.05, linha 1).	Jurisprudência sobremesa “Freddie Gateau” (p.08, linha 14).
	As receitas controvertidas são simples, cujos elementos constitutivos são facilmente identificáveis e usados em diversas outras saladas em numerosos estabelecimentos (p.10, linha 4)
	Há ausência do caráter criativo das receitas questionadas, não sendo consideradas obras gastronômicas, compreendo que o direito autoral não pode prestar-se a proteger essas receitas (p.10, linha 9)

Fonte: Elaborado pela autora, a partir da decisão TJ/ES.

3.1 Resultado da análise dos argumentos

De maneira geral os argumentos contrários à aplicação da Lei 9601/96 se dão no sentido de que no caso concreto não se verificou a ocorrência de inovação culinária. Por sua

vez, os argumentos favoráveis demonstram que as inovações culinárias são aptas a serem protegidas pela referida Lei, para isso elas devem apresentar uma atividade criativa, não união ou reorganização de alimentos comuns.

Desta forma, percebe-se que ambos posicionamentos convergem no sentido de considerarem a atividade gastronômica como criativa, como expressão artística, desde que presentes a inovação. Neste sentido, constata-se que ambos pensamentos admitem, em última análise, a possibilidade de aplicação da Lei 9610/98, todavia a posição contrária somente não reconheceu a aplicação da proteção dos direitos autorais, nesse caso específico, justamente por não se tratar de inovação culinária. Decerto, o argumento contrário não refutou a possibilidade da Lei de Direitos Autorais abranger as atividades gastronômicas, mas sim, apenas não reconheceu no caso concreto a atividade criativa necessária para a incidência da proteção.

Em síntese, tal decisão parece afirmar a possibilidade de aplicação da Lei 9601/98 para determinadas atividades gastronômicas; desde que a atividade culinária reflita a subjetividade do Autor. Trata-se de atividade gastronômica de expressão artística merecedora de amparo legal; sendo somente as atividades gastronômicas inovadoras aptas a serem reconhecidas como direitos autorais do seu realizador. Enfim, trata-se de uma decisão bem específica e peculiar a qual não admite generalização. Por isso, o propósito dessa pesquisa foi o de apenas enunciar os dilemas referentes à aplicação da Lei 9610/98 às obras gastronômicas, sem se pretender direcionar os resultados alcançados a uma posição definitiva sobre qual deve ser a moralidade do dever no caso da gastronomia, tendo em conta a aspiração do direito autoral de reconhecer a titularidade e a subjetividade da criação do autor. Por fim, a proposta aqui é de levantar possíveis questionamentos com relação ao modo como o Judiciário Brasileiro, em nível nacional, vem respondendo a esse tipo de demanda e como a lei vem sendo aplicada, se de modo legalista e restritivo ou de acordo com a aspiração e, por isso, mais extensivo.

CONCLUSÃO

Primeiramente, constata-se, a partir dos dados coletados, que há literatura no sentido de considerar a gastronomia uma arte criativa, e como arte criativa poderia, em linha de princípio, ser amparada pela Lei 9.610/98.

Em um segundo momento, com o estudo de caso, constatou-se que decisão específica reconhece que as receitas culinárias, quando consideradas verdadeiras criações do espírito, podem ter proteção legal pela Lei de direito autoral, mesmo que esta não disponha de forma expressa sobre proteção no seu rol do art. 7º. Percebe-se que não houve, no caso concreto, a aplicabilidade da referida Lei, dado que se tratava apenas de métodos e fórmulas de organização dos elementos da culinária, faltando, pois, o requisito da inovação necessário para a aplicação da lei 9610/98

Sendo assim, este estudo exploratório teve por meta expor, em breve linhas, a revisão de literatura atinente ao caso da gastronomia como arte criativa e a provável proteção do direito autoral. Obviamente, visto que os dados não foram suficientes para se produzir uma generalização consistente sobre o estado da arte referente ao processo de aplicação da Lei 9610/98 a casos gastronômicos, cabe apenas apontar que a relação entre direito e gastronomia ainda se trata de um assunto novo, pouco discutido por doutrinadores e juristas, o que dificulta uma maior coleta de dados ou amostras. Portanto, relevantes questões podem derivar desse estudo. Por exemplo, cabe questionar como o Judiciário Brasileiro percebe a relação entre a aspiração da lei de direitos autorais e os deveres nela expressos, assim como quantos são os casos já ocorridos, como foram decididos e se, de fato, produzem bons argumentos a serem mantidos em outras decisões.

Com relação ao marco teórico adotado, observa-se que a decisão em questão, reconhece a aspiração da norma de direito autoral quando se trata de verdadeira criação do espírito. Contudo, conforme se infere do estudo de caso e dos argumentos expostos, fica a critério do julgador, esse conceito, pois não há ainda uma disposição legal que tutele especificamente a gastronomia, sendo muito subjetiva a questão, porquanto o magistrado que proferiu a sentença em primeira instância entendeu que as receitas analisadas seriam protegidas pela Lei e na Turma Recursal tal decisão foi reformada. Dessa forma, pode-se inferir que, embora se trate de um estudo de caso único, há argumentos no sentido de confirmar a aspiração do direito autoral, ao passo que não existem elementos suficientes para se confirmar a relação entre o dever expresso na norma e a aplicação ao caso da gastronomia..

Assim, a pretensão deste estudo foi a de diagnosticar se haveria descompasso entre o dever e a aspiração na aplicação da Lei de direitos autorais no caso da gastronomia. Observa-se que há o reconhecimento da aspiração da norma, mas os deveres para a sua aplicabilidade não são previamente definidos no caso da gastronomia, cabendo ao julgador a interpretação de quando será possível a aplicação da norma. Desta forma, ainda há um descompasso entre o

dever e a aspiração da norma, pois a omissão da legislação acerca do tema demonstra a inexistência de um padrão mínimo a ser seguido. Afinal ao reconhecer que as regras que impõem deveres são meios para as aspirações, sem a definição desses deveres a aspiração não poderá ser alcançada.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**: introdução ao jogo e suas regras. 10. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**: introdução à filosofia. 3. ed. rev. São Paulo: Moderna, 2003.

BANKOWSKI, Zenon . **Vivendo Plenamente a Lei**. 2008. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001. P.289.

BENEMANN, Nicole Weber. **Estética e Experiência do Gosto**: contribuições para o debate sobre paladar, gastronomia e arte” . 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/tessituras/article/view/5937> >. Acesso em 25 de setembro, 2017.

BRASIL. **Código Civil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/imagens/codigos/codigo-civil.png/view>>. Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL. **Lei N°. 9610 de 19 de fevereiro de 1998**. Vade Mecum, p. 1284. São Paulo: Riddel, 2016, 2º semestre.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível: 00153824620118080035. Apelante: Swell Sucos e Saladas. Apelado: Aloha Alimetos LTDA ME. Relator Jorge Henrique Valle Santos. Vitória, 18 de julho de 2017. Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/482792876/apelacao-apl-153824620118080035> >. Acesso em 19 de setembro, 2017.

CUNNINGHAM, Emily. **Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: should the law play a bigger role in the kitchen?**. 2009. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jhtl9&div=4&id=&page=> >. Acesso em: 21 de setembro, 2017.

GOLDMAN, Michael. **Cooking and copyright**: when chefs and restaurateurs should receive copyright protection for recipes and aspects of their professional repertoires. 2013. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjDnKqDzqbXAhWJXRokHRLUDMQQFggpMAA&url=http%3A%2F%2Fscholarship.shu.edu%2Fcgi>

%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D1039%26context%3Dsports_entertainment&usg=AOvVaw1dp_17Gd-bESRGKdiazg0x >. Acesso em 25 de setembro, 2017.

LAWRENCE, Meredith G. ***Edible Plagiarism***: Reconsidering Recipe Copyright in the Digital Age. 2011. Disponível em: <http://www.jetlaw.org/journal-archives/volume-14/volume-14-issue-1/edible-plagiarism-reconsidering-recipe-copyright-in-the-digital-age/> >. Acesso em: 21 de setembro, 2017.

MARINA, Maria Covadonga Torre. **Es La Gastronomía un Arte?**. 2007. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/192563226/Es-la-gastronomia-un-arte> >. Acesso em 25 de setembro, 2017.

MARTINEZ, Roberto Carlos Magallón . **Creatividad Gastronómica**: “*La creatividad es fácil, lo difícil es tener la idea - Ferrán Adriá y otros ejemplos creativos*”. 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4847193> >. Acesso em 25 de setembro, 2017.

MEDEIROS, Symonne. **Serviço de Restaurante e Bar**: Introdução à Gastronomia. 2014. ed. Pernambuco: Pernambuco Governo do Estado, 2014. 29 p. Disponível em: <<https://sisacad.educacao.pe.gov.br/bibliotecavirtual/bibliotecavirtual/texto/CadernodeRBIntroduoGastronomiaRDDI.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

PIRES, Álvaro P.. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. **A Pesquisa Qualitativa**: Enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. p. 154-214. Tradução de: Ana Cristina Arantes Nasser.